

University of Groningen

Referentiekader geldboetes

Bröring, H.E.; Uijl, M. den; Tollenaar, A.; Kwakman, N.J.M.; Keulen, B.F.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2012

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Bröring, H. E., Uijl, M. D., Tollenaar, A., Kwakman, N. J. M., & Keulen, B. F. (2012). *Referentiekader geldboetes*. (Serie Bestuursrecht & Bestuurskunde; Nr. 6). WODC.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Referentiekader geldboetes

Referentiekader geldboetes

**Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van
berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht**

H.E. Bröring
M. den Uijl
A. Tollenaar
N.J.M. Kwakman
B.F. Keulen

Vormgeving omslag: Henk Marseille
Vormgeving en opmaak binnenwerk: Ellen Steenhuis

1e druk

© 2012 WODC / Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische veeleelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-367-5284-8
NUR 823



**rijksuniversiteit
 groningen**

faculteit rechtsgeleerdheid

Serie Bestuursrecht & Bestuurskunde Groningen

Redactie

Mr. dr. K.J. de Graaf
Prof. mr. J.H. Jans
Prof. dr. J. de Ridder
Mr. dr. A. Tollenaar
Mr. dr. H.D. Tolsma

Redactieraad

Prof. mr. G.A. Biezeveld
Prof. mr. H.E. Bröring
Prof. mr. L.J.A. Damen
Prof. dr. M. Herweijer
Mr. dr. A.M. Klingenberg
Prof. mr. D.A. Lubach
Prof. dr. A.T. Marseille
Mr. dr. M. Oosting
Prof. mr. M. Scheltema
Mr. dr. F.R. Vermeer
Prof. dr. G.J. Vonk
Prof. dr. H.B. Winter

Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde
Oude Kijk in 't Jatstraat 26
Postbus 716
9700 AS Groningen

fax. (050) 363 7250
tel. (050) 363 5674

Ten geleide

Sinds de oprichting in 1972 wordt aan de Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen het functioneren van het openbaar bestuur in al haar facetten op juridisch en empirisch wetenschappelijke wijze bestudeerd. De interdisciplinaire aanpak betreft bijvoorbeeld de wijze waarop overheidsorganisaties omgaan met de aan hen toebedeelde wettelijke bevoegdheden. De juridische analyse van deze bevoegdheden en de sociaalwetenschappelijke reconstructie van de praktijk, zijn bij uitstek onderwerpen die tot onderzoeksterrein van de vakgroep gerekend kunnen worden.

Tegemoetkomend aan de steeds hogere eisen die de juridische academische omgeving zichzelf oplegt, is de *Serie wetenschappelijke uitgaven Bestuursrecht & Bestuurskunde Groningen* in het leven geroepen. De wetenschappelijke kwaliteit van de in deze reeks te publiceren boeken wordt gegarandeerd en bewaakt door een redactie en een redactieraad. De leden van de redactie hebben als taak om door middel van peer review, en in het geval van het voorliggende manuscript mede aan de hand van de beoordeling door een externe deskundige, te beoordelen of een aangeboden manuscript van voldoende wetenschappelijke kwaliteit getuigt en maatschappelijk relevant is. De kwaliteitscriteria die daarbij gehanteerd worden, zijn ondermeer originaliteit, diepgang en grondigheid. Voor u ligt de zesde aflevering in de reeks van de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde met als onderwerp geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht.

Niet alleen het strafrecht, maar ook het bestuursrecht biedt de mogelijkheid tot het opleggen van geldboetes. Tussen het straf- en bestuursrecht en binnen het bestuursrecht bestaan op het punt van de beboeting echter grote verschillen. Deze betreffen zowel de maximale boetehoogte als de wijze van berekening van de boetes. Lang niet alle verschillen zijn aanstonds verklaarbaar. Het gebrek aan consistentie van het stelsel van de bestraffende rechtshandhaving kan niet alleen leiden tot ongerechtvaardigde verschillen in behandeling van overtreders van soortgelijke voorschriften, maar ook tot een gebrek aan effectiviteit van de rechtshandhaving. Om deze redenen heeft de regering meermalen de wens uitgesproken om te komen tot een algemeen beoordelingskader met behulp waarvan op het terrein van het bestuursrechtelijke en strafrechtelijke orderingsrecht meer eenheid kan worden gebracht in de boetehoogte en de methode van tarifiering van geldboetes.

Tegen deze achtergrond heeft de Rijksuniversiteit Groningen in 2011 in opdracht van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (WODC) onderzoek verricht naar de vraag hoe de boetehoogte in het bestuursrecht en het strafrecht wordt bepaald en op welke wijze meer eenheid kan worden gebracht in de systematiek waarmee de boetehoogte wordt vastgesteld.

Het onderzoek is uitgevoerd door onderzoekers van de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde en de vakgroep Strafrecht en Criminologie. Het eindrapport komt voor de gezamenlijke verantwoordelijkheid van alle betrokken onderzoekers. Mr. dr. Nico J.M. Kwakman heeft zich in het bijzonder toegelegd op de straftoemeting in het strafrecht (hoofdstuk 2), mr. Marjolein den Uijl op de beschrijving en analyse van de bestuurlijke boeteregelingen (hoofdstuk 3) en mr. dr. Albertjan Tollenaar op de vergelijkende analyse en de toetsing van het referentiekader (hoofdstuk 4). Het inleidende en het afsluitende hoofdstuk zijn primair geschreven door prof. mr. dr. Herman E. Bröring (supervisor), met bijdragen van prof. mr. dr. Berend F. Keulen.

Onze dank gaat uit naar mr. Emile van Reydt, die ondersteunend werk heeft verricht voor het strafrechtelijke gedeelte, en naar de instellingen (de SvB, de NMa en de nVWA) en respondenten van deze instellingen die bereid waren mee te werken aan de case study voor dit onderzoek door inzicht te geven in de praktijk van boeteoplegging.

Voor het onderzoek is een begeleidingscommissie ingesteld onder voorzitterschap van prof. mr. dr. Arthur R. Hartmann (Erasmus Universiteit Rotterdam), drs. Bert C. Berghuis (Ministerie van Veiligheid en Justitie, Directie Rechtshandhaving en Criminaliteitsbestrijding), mr. Jacob A. Hofsteenge (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Bestuurlijke en Juridische Aangelegenheden), mr. Jaap F.L. Roording (Ministerie van veiligheid en Justitie, Directie Wetgeving), en drs. Frank Willemsen (Ministerie van Veiligheid en Justitie, WODC). De onderzoekers danken deze commissieleden voor hun zinnige inbreng. Hun inbreng heeft bijgedragen aan het focussen op een referentiekader voor de bestraffende rechtshandhaving als geheel en heeft het eindresultaat van het onderzoek eveneens op andere punten duidelijk naar een hoger plan gebracht.

Groningen, oktober 2011.

Inhoud

Ten geleide Managementsamenvatting

1	Inleiding	
1.1	Aanleiding en doel	1
1.2	Probleemstelling en deelvragen	3
1.2.1	Hoofdvraag	3
1.2.2	Toelichting en afbakening	3
1.2.3	Uitwerking hoofdvraag	6
1.2.4	Bestuursrecht versus strafrecht	7
1.3	Onderzoeksstrategie	9
1.3.1	Literatuurstudie	9
1.3.2	Kwantitatieve analyse bestuurlijke boetestelsels	9
1.3.3	Deskresearch steekproef bestuurlijke boetestelsels	9
1.3.4	Casestudy steekproef bestuurlijke boetestelsels	11
1.4	Leeswijzer	11
2	Straftoemeting in het strafrecht	13
2.1	Veel vrijheid; OM-beleid en rechterlijk beleid	13
2.2	Het Wetboek van Strafrecht	14
2.2.1	Inleiding	14
2.2.2	Strafverhogende en strafverlagende factoren	15
2.2.3	Een inventarisatie van strafverhogende en strafverlagende factoren	25
2.3	OM-richtlijnen en -aanwijzingen	52
2.3.1	Inleiding	52
2.3.2	Systematiek	53
2.3.3	Inventarisatie van strafbeïnvloedende factoren	55
2.3.4	Overige beleidsregels van het College van procureurs-generaal	63

2.4	Oriëntatiepunten straftoemeting en Databank Consistente Straftoemeting	69
2.4.1	Inleiding	69
2.4.2	De oriëntatiepunten	71
2.4.3	De Databank Consistente Straftoemeting	76
2.4.4	De rechtspraktijk	77
2.5	OM-afdoeing (strafbeschikkingen)	80
2.5.1	Inleiding	80
2.5.2	Wet en OM-beleid over de boetehoogte	82
2.5.3	OM-afdoeing in het licht van eerdere strafrechtelijke bevindingen	83
2.6	Samenvatting en tussenconclusie	84
2.6.1	Strafrecht in het algemeen	84
2.6.2	Orderingsrecht in het bijzonder	87
2.6.3	Selectie van relevante straftoemetingsfactoren ten behoeve van een boetestelsel voor orderingswetgeving, op basis van de strafrechtelijke straftoemetingspraktijk	90
2.6.4	De betekenis van de geselecteerde straftoemetingsfactoren in het licht van een algemeen kader voor straftoemeting ten behoeve van orderingswetgeving.	93
3	Verkenning bestuurlijke boetestelsels	97
3.1	Inleiding	97
3.1.1	Algemene Ouderdomswet (AOW)	98
3.1.2	Geneesmiddelenwet	105
3.1.3	Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv)	110
3.1.4	Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr)	113
3.1.5	Wet arbeid vreemdelingen (Wav)	125
3.1.6	Tabakswet	130
3.1.7	Wet handhaving consumentenbescherming (Whc)	136
3.1.8	Telecommunicatiewet (Tw)	142
3.1.9	Mededingingswet	151
3.1.10	Arbeidstijdenwet	161
3.1.11	Mediawet 2008	167
3.1.12	Wet op het financieel toezicht	170
3.2	Boetepraktijk	177
3.2.1	Algemene Ouderdomswet	178
3.2.3	Mededingingswet	184

3.3	Aanzet tot een referentiekader voor bestuurlijke boetes	187
3.3.1	Inleiding	187
3.3.2	Factoren die de boetehoogte bepalen	187
3.3.3	Factoren die de vormgeving bepalen	190
3.3.4	Schematisch overzicht	192
4	Het bestuursrechtelijke referentiekader getoetst	
4.1	Inleiding	195
4.2	Wettelijk boetemaximum	197
4.2.1	Beschrijving variatie	197
4.2.2	Aard van de overtreding	199
4.2.3	Aard van de overtreder	202
4.2.4	Profijt en herstel gevolgen	206
4.2.5	Verhouding tot andere sancties	210
4.2.6	Recidive	214
4.2.7	Tussenconclusie	215
4.3	Afwegingen in het boetebeleid	215
4.3.1	Boetebeleid ten opzichte van wettelijk maximum	215
4.3.2	Aard van de overtreding: rechtsgoed	220
4.3.3	Aard van de overtreder	221
4.3.4	Profijt en herstel gevolgen	224
4.3.5	Recidive	225
4.3.6	Tussenconclusie	226
4.4	Techniek van het boetestelsel	227
4.4.1	Beschrijving variatie	227
4.4.2	Aantallen boetes en fixatie	230
4.4.3	Wetsfamilie, moederministerie	231
4.4.4	Voorspelbaarheid van de overtreding	233
4.4.5	Tussenconclusie	234
4.5	Clusteranalyse	235
4.5.1	Vooraf	235
4.5.2	Boetehoogte	236
4.5.3	Techniek boetestelsel	238
4.6	Conclusie	240
5	Samenvatting, conclusies en aanbevelingen	
5.1	Hoofdvraag, uitgangspunten en onderzoeksaanpak	243
5.2	Algemene bevindingen	245
5.2.1	Strafrecht	246
5.2.2	Bestuursrecht	247
5.3	De belangrijkste factoren (deelvragen i, ii en iii)	248
5.4	Uitwerking factoren (vervolg deelvraag iii); vormgeving	250

5.4.1	De aard van de overtreding, ofwel het betrokken rechtsgoed	250
5.4.2	De aard van de overtreder	252
5.4.3	Behaald profijt, herstel van gevolgen en samenhang met andere sanctiemogelijkheden	252
5.4.4	Recidive	253
5.4.5	Vormgeving boetestelsel	254
5.5	Aanbevelingen (deelvraag iv)	255
5.5.1	Vooraf	255
5.5.2	Aanbevelingen op het terrein van het strafrecht	256
5.5.3	Aanbevelingen op het terrein van het bestuursrecht	260
5.5.4	Aanbevelingen voor de boetesystematiek als geheel	266

Bijlagen

- 1 Literatuur, parlementaire stukken en jurisprudentie
- 2 Aanvulling (IAK)
- 3 Lijst met gebruikte afkortingen
- 4 Boetestelsels met kenmerken
- 5 Toelichting op overzicht ‘boetestelsels met kenmerken’
- 6 English summary

Managementsamenvatting

Overtredingen op het terrein van het ordeningsrecht kunnen strafrechtelijk en bestuursrechtelijk worden aangepakt. Tussen beide stelsels bestaan grote verschillen op het punt van de maximale boete en de wijze van berekening van de boete in concreto. Deze verschillen bestaan niet alleen tussen straf- en bestuursrecht, maar ook binnen het bestuursrecht: er zijn inmiddels ruim 80 bestuurlijke boetestelsels, die onderling sterk uiteenlopen.

Met het oog op deze divergentie in de bestraffende rechtshandhaving heeft de regering in haar Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69, p. 12, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 700 VI, D, p. 12, uitgesproken dat een algemeen beoordelingskader voor bestuursrechtelijke en strafrechtelijke boetes op de verschillende ordeningsterreinen functioneel kan zijn, “om in processen van wetgeving te kunnen beargumenteren hoe hoog de maximaal op te leggen boete is, opdat die goed aansluit op de hoogte van boetes in andere wetgeving.” Ook in het *Handhavingsprogramma 2011-2014*, p. 31, van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid wordt aandacht gevraagd voor de mogelijkheid van bevordering van meer eenheid in de boetehoogte en de methode van tarifiering. Tegen deze achtergrond heeft de Rijksuniversiteit Groningen in opdracht van het ministerie van Veiligheid en Justitie (WODC) onderzoek naar de volgende vraag verricht:

Hoe wordt de boetehoogte in het bestuursrecht en het strafrecht bepaald en op welke wijze kan meer eenheid worden gebracht in de systematiek waarmee de boetehoogte wordt vastgesteld?

Aan de hand van de wet (Wetboek van Strafrecht; wetten met een bestuurlijke boete), het beleid (Polaris-richtlijnen, rechterlijke oriëntatiepunten straftoemeting; beleidsregels) en toelichtende documenten heeft in het onderzoek een reconstructie plaatsgevonden van de factoren die de hoogte van boetes en de vormgeving van het boetestelsel bepalen. Daarbij is tevens een vergelijking tussen straf- en bestuursrecht gemaakt.

De eerste conclusie is dat het op beide terreinen in essentie om precies dezelfde *factoren* gaat, te weten:

1. De aard van de overtreding, ofwel het betrokken rechtsgoed.
2. De aard van de overtreder.

3. Behaald profijt, herstel van gevolgen en samenhang met andere sanctiemogelijkheden.
4. Recidive.

De tweede conclusie is dat deze factoren op *uiteenlopende* wijze door de regelgevers (wetgevers, beleidsmakers) zijn geoperationaliseerd, en dat de door hen gemaakte keuzes vaak *niet gemotiveerd* zijn. Meer specifiek blijkt voorts het volgende:

- ad 1) In het strafrechtelijk ordeningsrecht en het bestuursrecht gaat het om dezelfde soorten belangen (rechtsgoederen), met name de collectieve belangen van algemene veiligheid en integriteit. Op beide rechtsgebieden zijn deze rechtsgoederen voor de boetehoogte van grote betekenis.
- ad 2) Op beide rechtsgebieden wordt op het punt van de boetehoogte wel uiteenlopend omgegaan met rechtspersonen en bedrijven. Het bestuursrecht kent voor deze categorie overtreders de mogelijkheid van (aanzienlijk) hogere boetes dan het strafrecht.
- ad 3) Op beide rechtsgebieden wordt verschillend omgegaan met behaald profijt, herstel van gevolgen en samenhang met andere sanctiemogelijkheden. Met name de verschillen binnen het bestuursrecht zijn opvallend. Hier is van belang of sprake is van een terugvorderingsbevoegdheid of andere herstelsanctie.
- ad 4) Op beide rechtsgebieden wordt verschillend omgegaan met recidive als boeteverhogende factor. De betekenis van (herhaalde) recidive voor de keuze tussen de bestuursrechtelijke of strafrechtelijke weg loopt uiteen.

Behalve naar deze vier factoren is gekeken naar de *vormgeving* van de boetestels. In het bestuursrecht komen stelsels met wettelijk gefixeerde boetes, stelsels met via beleidsregels gefixeerde boetes, open stelsels en gemengde stelsels voor. Ook keuzes inzake deze vormgeving blijken veelal *niet gemotiveerd* te zijn. De vormgeving van bestuurlijke boetestels laat zich verklaren door het aantal bestuurlijke boetes, het ministerie dat de betrokken boeteregeling heeft ontworpen en de duidelijkheid van de delictsomschrijving en de kenbaarheid van de overtreder.

Het algemene beeld van de bestraffende rechtshandhaving van het ordeningsrecht op het punt van de boetehoogte en de vormgeving is er een van *grote verscheidenheid*, zelfs van willekeur. Met het oog op meer eenheid in de boetesystematiek heeft het onderzoek geresulteerd in een *referentiekader*: een *checklist* aan de hand waarvan stelselmatig aandacht wordt besteed aan de vier voor de boetehoogte relevante factoren en aan de vormgeving van het boetestel. Onder meer worden concrete richtsnoeren en voorbeelden gegeven ter bepaling van de maximale boetehoogte, de invloed van het type overtreder op de boetehoogte (natuurlijk of rechtspersoon, bedrijfsomvang, draagkracht), de invloed van recidive en de wijze van berekening van de boete in concreto (feit-

codering, rekensom, bandbreedte). In een bijlage is de checklist gepresenteerd in de stijl van het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK).

Met het oog op meer eenheid in de boetesystematiek zijn voorts aanbevelingen voor *eenmalige maatregelen* gedaan. Het gaat onder meer om:

- a. Wijziging van artikel 23 Sr: flexibilisering boetemaxima.
- b. Aansluiting van het bestuursrecht bij de (aangepaste) boetecategorisering van artikel 23 lid 4 Sr en tevens de indexeringsregeling van artikel 23 lid 9 Sr in het bestuursrecht van overeenkomstige toepassing verklaren.
- c. Invoering van recidiveregelingen inzake boetes in het strafrecht en het bestuursrecht die aansluiten bij de bestaande normering in OM-beleidsregels en zoveel mogelijk eenvormig zijn (hetzelfde verhogingspercentage, dezelfde recidivetermijn; regeling in het bestuursrecht van wat soortgelijke overtredingen zijn).

Hiernaast zou voor het bestuursrecht eventueel een regeling getroffen kunnen worden over de betekenis van (herhaalde) recidive voor verwijzing naar het strafrecht. In geval van high trust-beleid (verlaging toezichtsintensiteit gecombineerd met extra zware sancties als de normadressaten het geschonken vertrouwen beschamen) is regeling daarvan in beleidsregels aangewezen. Voor het strafrecht is wijziging van artikel 23 Sr wenselijk (zie boven), waardoor in het strafrecht met name bij zeer lucratieve feiten hogere – met bestuurlijke boetes vergelijkbare – boetes mogelijk worden. Daarnaast is nader onderzoek aangewezen naar de wenselijkheid van een grondslag in de Wet op de economische delicten voor lagere regelgeving ter nadere normering van geldboetes. Op basis van een dergelijke grondslag zouden enkele van de deelfactoren die thans in OM-beleid dan wel rechterlijke oriëntatiepunten zijn neergelegd de status van algemeen verbindend voorschrift kunnen krijgen. Dit sluit aan bij de voor het bestuursrecht uitgesproken voorkeur voor nadere normering in bestuurswetgeving, volgens het uitgangspunt ‘fixatie waar het kan’.

Een keuze voor nadere op de wet berustende normering van geldboetes zou ook verschillen reduceren tussen bestuurlijke boetestelsels (besluitentoetsingsmodel; nadere normstelling door het bestuur waarmee de bestuursrechter rekening houdt) en de OM-afdoening (nadere normstelling door het OM waarmee de rechter als volle beslisser, die eigen nadere normstelling kan hanteren, geen rekening hoeft te houden). De op basis van het onderzoek verwoorde wenselijkheden, aandachtspunten en oplossingsrichtingen kunnen daarom eveneens behulpzaam zijn bij een verdere *toenadering* tussen bestuurlijke boetestelsels en de OM-afdoening.

Voor welke wettelijke boetehoogte en vormgeving echter ook wordt gekozen, de uitkomst van de afweging door de sanctietoepasser moet steeds een evenredige sanctie zijn.

Inleiding

1.1 Aanleiding en doel

Het stelsel van rechtshandhaving is complex. Naast elkaar staan privaatrechtelijke, bestuursrechtelijke (inclusief fiscale) en strafrechtelijke deelsystemen, die elkaar beïnvloeden en overlappen. Dit geldt zeker voor de verhouding tussen het bestuurlijke boeterecht en het strafrecht, meer in het bijzonder het ordeningsstrafrecht. Om in deze verhouding meer duidelijkheid te scheppen, is in 2008 de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel verschenen.¹ Het bestuurlijke boeterecht en het strafrecht hebben dezelfde doeleinden, zoals leedtoevoeging, normbevestiging, en speciale en generale preventie. Anderzijds verschillen zij van elkaar waar het gaat om de procedure en de straftoemeting. Over de procedurele verschillen is al veel geschreven.² Vooral in strafrechtelijke kringen heeft de straftoemeting al veel aandacht gekregen. In het kader van het bestuursrecht is de aandacht voor de straftoemeting voornamelijk beperkt gebleven tot het aspect van de verhouding tussen wetgever, bestuur en rechter, respectievelijk de reikwijdte van het begrip ‘full jurisdiction’.³

Tot dusverre onderbelicht gebleven is de vraag waarom boetes zo hoog zijn als ze zijn en waarom is gekozen voor welke vormgeving van het boetestelsel. Deze vragen winnen aan belang in het licht van de sterke opkomst

- ¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 700 VI, D. Hoofdcri-
terium voor de keuze tussen de bestuurlijke boete en strafrechtelijke afdoening is volgens deze
kabinetsnota de aanwezigheid van een algemene rechtsbetrekking c.q. open context (strafrecht)
dan wel van een specifieke rechtsbetrekking c.q. besloten context (bestuursrecht).
- ² Zie onder anderen Marius Duker, *Legitieme straftoemeting; een onderzoek naar de legiti-
miteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van een
eerlijke procesvoering* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003,
G.K. Schoep, P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij de straftoe-
meting*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2005, en P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*,
(diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009. Zie voorts *Trema Straftoemetingsbulletin* (in
hoofdstuk 2 wordt verwezen naar diverse in dit bulletin verschenen publicaties).
- ³ Zie onder anderen H.E. Bröring, H.K. Naves, Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke
sancties: onvoltooid bestuursrecht, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.),
Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb, Den Haag 2010, p. 460-464, B.W.N. de Waard,
De matigende rechter, idem, p. 469-486, en L.J.J. Rogier, Bestraffende sancties in de Awb,
idem, p. 519-534.

van de bestuurlijke boete en, meer in het algemeen, de toegenomen ‘sanctiedrukke’. Gaat het grote aantal wetten met een bestuurlijke boetebevoegdheid – inmiddels ruim 80 wetten – niet gepaard met willekeur in boetehoogte en vormgeving van het boetestelsel? Waarom bedraagt de maximale boete op het terrein van bijvoorbeeld de Algemene Ouderdomswet (AOW) € 2.269, bij de Mededingingswet € 450.000 of 10% van de omzet en bij de Wet arbeid vreemdelingen (Wav), in geval van een natuurlijk persoon, € 11.250? Hoe verhouden deze bedragen zich tot de maximale boetes in het strafrecht? En waarom kent wat de vormgeving van het sanctiestelsel betreft bijvoorbeeld de Tabakswet een stelsel van wettelijk gefixeerde boetes, terwijl in andere wetten met een wettelijk maximum wordt volstaan? Verondersteld kan worden dat de verschillen niet steeds op goede gronden berusten, bijvoorbeeld omdat departementale tradities een overheersende rol zijn gaan spelen. De vraag naar de eenheid en verscheidenheid en de rationaliteit daarvan op het punt van de boetehoogte en de vormgeving van het boetestelsel betreft zowel de verhouding tussen de verschillende bestuurlijke boetes onderling als die tussen de bestuurlijke boete en strafrechtelijke beboeting.

“Met het oog op het evenwicht in de hoogte van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke boetes op de verschillende ordeningsterreinen, kan een algemeen beoordelingskader functioneel zijn, om in processen van wetgeving te kunnen beargumenteren hoe hoog de maximaal op te leggen boete is, opdat die goed aansluit op de hoogte van boetes in andere wetgeving”, aldus de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel.⁴ Onder het kopje ‘Onderzoek methode tarifiering bestuurlijke boetes rijksbreed’ wordt ook in het Handhavingsprogramma 2011-2014 van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) aandacht gevraagd voor de mogelijkheid van bevordering van meer eenheid in de boetehoogte en de methode van tarifiering;⁵ dit mede met het oog op voorgenomen intensiveringen van de handhaving op het terrein van SZW.⁶ Een en ander maakt duidelijk dat voor het onderhavige vraagstuk van de hoogte en wijze van tarifiering van boetes niet alleen wetenschappelijke, maar ook politieke en maatschappelijke belangstelling bestaat.⁷

Het doel van het onderzoek is gezien het bovenstaande het ontwerpen van een *referentiekader* met daarin de kenmerken die de hoogte van een boete bepalen. Het vertrekpunt van het onderzoek is dat er uiteenlopende boetestelsels bestaan, die op een verschillende wijze tot een boete leiden. Het onderzoek dient daarom te *achterhalen* (reconstrueren) wat de rationaliteit is van deze boetestelsels en de individuele beslissingen over de boetehoogte (welke be-

4 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69, p. 12, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 700 VI, D, p. 12.

5 Zie het ‘Handhavingsprogramma 2011-2014’, p. 31. Dit document is bij brief van staatssecretaris De Krom van 21 december 2010 aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer.

6 Zie ook de brief van 10 maart 2011 van minister Kamp en staatssecretaris De Krom aan de Voorzitter van de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2010/11, 17 050, nr. 403, p. 4).

7 Waarbij voorts (discussies over) het wetsvoorstel minimumstraffen moet worden genoemd. De desbetreffende zaken vallen evenwel buiten het bestek van dit onderzoek.

slisregels worden gebruikt bij de vaststelling van de boete?). Dit is het beschrijvende deel van het onderzoek. Daarnaast dient het onderzoek te voorzien in een *analyse* van de vormgeving van boetestelsels, waardoor gezocht kan worden naar meer eenheid in die stelsels. Uiteindelijk wordt gestreefd naar een aantal suggesties ten behoeve van het ontwerpen van een boetestelsel in een wet of een modelbeleid voor boeteopleggende organen.

1.2 Probleemstelling en deelvragen

1.2.1 Hoofdvraag

Met dit onderzoek wordt beoogd een referentiekader tot stand te brengen met betrekking tot twee punten: de hoogte van boetes en de vormgeving van boetestelsels. Derhalve is dit onderzoek gericht op de beantwoording van de volgende hoofdvraag:

Hoe wordt de boetehoogte in het bestuursrecht en het strafrecht bepaald en op welke wijze kan meer eenheid worden gebracht in de systematiek waarmee de boetehoogte wordt vastgesteld?

Voor de beantwoording van deze vraag is van belang dat het bereik van het onderzoek helder is. Daarom volgt hieronder een toelichting en wordt het onderzoek op een aantal onderdelen afgebakend.

1.2.2 Toelichting en afbakening

1.2.2.1 Boete en geldboete

Allereerst dient te worden opgemerkt dat het begrip ‘boete’, zoals dat wordt gebruikt in dit onderzoek, wordt opgevat als *geldboete*. Naast de geldboete kan men nog vele vormen van boetes onderscheiden, uiteenlopend van werkstraffen en rijontzegging tot celstraffen. Deze vormen van bestraffing of boeting vallen echter buiten het kader van het onderzoek. Deze keuze wordt gerechtvaardigd door de constatering dat juist binnen de categorie van de geldboetes het gebrek aan eenheid het meest opvallend is. Geldboetes treft men zowel in het strafrecht aan als in het bestuursrecht (dat de mogelijkheid van bijvoorbeeld werkstraffen of celstraffen niet kent). Juist voor deze geldboetes is het daarom interessant om te bezien in hoeverre strafrechtelijke boetes en boetesystematieken afwijken van de bestuursrechtelijke variant. De overige boetevormen laten zich minder gemakkelijk, onafhankelijk van de precieze context waarin zij zijn opgelegd, vergelijken. Dat maakt een onderzoek naar

een referentiekader dat recht doet aan *alle* mogelijke sancties in het bestek van dit onderzoek niet haalbaar. In breder gericht onderzoek zouden aanzienlijk *meer* en *zeer uiteenlopende* overwegingen in het onderzoek betrokken moeten worden. Denk bijvoorbeeld aan de (gemotiveerde) keuze door de wetgever en rechter tussen de geldboete en de vrijheidsstraf.

Het voorgaande neemt niet weg dat andere sancties dan geldboetes wel op een andere manier in het onderzoek worden betrokken, namelijk voor zover hun *toepasselijkheid* (op het niveau van algemene regels) en *toepassing* (op praktijkniveau) op de hoogte van geldboetes van invloed kunnen zijn. De hoogte van de wettelijke maximumboete, bijvoorbeeld, zal mede afhangen van de mogelijkheid van alternatieve en/of cumulatieve sancties. Daarbij gaat het niet alleen om andere boetes dan geldboetes, maar ook om eventuele herstelsancties, waaronder de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom en de voordeelsontnemning wordt begrepen. Bij een combinatie in een individuele casus van (bestraffende) boetes zullen het *ne bis in idem* en het *nemo debet bis vexari* parten spelen. Om die reden zal wat betreft de mogelijkheid van cumulatie van sancties in het onderzoek vooral aandacht worden besteed aan de invloed, als gevolg van de evenredigheidseis, van een herstelsanctie op de hoogte van een geldboete.

1.2.2.2 Boetestelsel

Dit onderzoek richt zich op *boetestelsels*. Met een boetestelsel wordt bedoeld: het geheel aan keuzes zoals gemaakt in wetgeving en in beleid van het boetepleggende orgaan, gericht op de hoogte van de op te leggen boete in reactie op een geconstateerde overtreding van hetgeen is bepaald bij of krachtens een wettelijk voorschrift.⁸ Een boetestelsel wordt dus begrensd door een *overtreding*. Het bevat een samenstel van bevoegdheden en normen dat het boetepleggende orgaan tot zijn beschikking heeft om op een geconstateerde overtreding te kunnen reageren. Kenmerken van het boetestelsel zijn bijvoorbeeld de wijze waarop de boetehoogte is vastgesteld, of het een open of een vast bedrag betreft, of sprake is van een wettelijk gefixeerde of een variabele boete, of gebruik wordt gemaakt van feitcodering, deelmaxima of basistarief +-, hoe is voorzien in een afwijkingsmogelijkheid (hardheidsclausule), et cetera. Het verklaren van de vormgeving van de verschillende boetestelsels is een van de nadere onderzoeksdoelen.

8 Tenzij anders blijkt, wordt het begrip ‘overtreding’ in dit onderzoek gebruikt ter aanduiding van een gedraging in strijd met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift (vgl. art. 5:1 lid 1 Awb). In strafrechtelijk perspectief is het begrip ‘delict’ een synoniem. Het begrip ‘overtreding’ wordt dus, anders dan in het strafrecht, niet gehanteerd om onderscheid te maken ten opzichte van misdrijven.

1.2.2.3 Boetehoogte

Het doel van het onderzoek is uiteindelijk het zoeken naar een rationaliteit voor de *boetehoogte* als resultaat van beslissingen over de op te leggen boete. Naast een zoektocht naar de redenen waarom voor welk wettelijk maximum (in het algemeen) is gekozen, moet worden nagegaan welke andere factoren dan dit maximum op de boetehoogte (in het individuele geval) van invloed zijn, bijvoorbeeld het type overtreder of de vraag of sprake is van recidive. Dat de aandacht zich op de boetehoogte toespitst, wil zeggen dat slechts summier aandacht wordt besteed aan de vraag (van beleidsvrijheid en opportuniteit) in welke gevallen wel en in welke gevallen geen gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid een boete op te leggen.⁹

Orderingswetgeving

In het belang van de vergelijkbaarheid van de verschillende boetestelsels spitst het onderzoek zich toe op delicten die kunnen worden aangemerkt als overtredingen van ‘orderingswetgeving’: de regelgeving die een maatschappelijke ordening beoogt met het oog op een nader omschreven publiek belang. De overtreding vormt een schending van dat publieke belang waartegen een maatschappelijke vergelding noodzakelijk wordt geacht. Kenmerkend voor de klassieke delicten uit het Wetboek van Strafrecht is dat de strafbaarheid van het gedrag niet zozeer wordt bepaald door opname in de wet, maar doordat het gedrag ook los daarvan als afkeurenswaardig wordt gezien. Met de klassieke delicten – moord, doodslag, mishandeling, diefstal, verduistering, oplichting, valsheid in geschrifte, vrijheidsberoving, et cetera – worden de meest essentiële rechtsgoederen beschermd, zoals de integriteit van het leven en het lichaam, de zedelijkheid, de eigendom en de persoonlijkheid.¹⁰ Dit type delicten leent zich simpelweg niet voor een reactie in de vorm van een bestuurlijke boete.

Evenredigheid; reductie van complexiteit

De hoofdvraag vergt dat meer inzicht wordt verkregen in wat bepalend is voor de boetehoogte. Het is welhaast overbodig om te zeggen maar, volledigheidshalve en omdat het de meest essentiële factor voor de boetehoogte betreft, er zij nog op gewezen dat voor de boetehoogte uiteraard altijd de evenredigheidseis allesbepalend is. Dit wil zeggen dat rekening moeten worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, zoals de persoon van de overtreder (natuurlijk of rechtspersoon; draagkracht), de mate van verwijtbaarheid, behaald voordeel, recidive, et cetera. Dientengevolge behoren deze omstandigheden

9 Deze vraag zou in het bestek van dit onderzoek van belang kunnen zijn in geval van een relatie tussen het al dan niet opleggen van een boete en het gebruik van een herstelbevoegdheid. Idem waar sprake mocht zijn van nihil-boetes of waar mocht blijken dat de (gefixeerde) hoogte van de boete in de praktijk prohibitief voor het gebruik van de boetebevoegdheid uitpakt.

10 C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2005, p. 12-13, en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 81.

op zowel het niveau van de algemene regels als dat van de praktijk een rol te spelen: het gaat om (vaste) facetten van de boetehoogte. Vanzelfsprekend kan worden verondersteld dat (de redenen voor) verschillen tussen boetestelsels op het punt van de maximumboete en de vormgeving mede door deze facetten van evenredigheid kunnen worden verklaard.

Het is tegelijkertijd de relevantie van alle omstandigheden van het geval, die meebrengt dat de ontwikkeling van een algemeen referentiekader ter bepaling van de hoogte van boetes een buitengewoon moeilijke opgave is. In dit licht is er veel voor te zeggen om per deelgebied – per departement of cluster van aanverwante wetten – een referentiekader te ontwikkelen.¹¹ Voor dit onderzoek is het juist de uitdaging de complexiteit als gevolg van de betrokkenheid van talrijke uiteenlopende omstandigheden te reduceren tot een beperkt aantal factoren waarmee bij de bepaling van de boetehoogte *in elk geval* rekening moet worden gehouden. Het is met dit onderzoek in andere woorden niet te doen om een referentiekader waarin in uitputtende zin alle mogelijke factoren zijn verdisconteerd, maar om een referentiekader dat zich kenmerkt door overzichtelijkheid en bruikbaarheid in algemeen opzicht.

1.2.3 Uitwerking hoofdvraag

1.2.3.1 Deelvragen

De hoofdvraag – Hoe wordt de boetehoogte in het bestuursrecht en het strafrecht bepaald en op welke wijze kan meer eenheid worden gebracht in de systematiek waarmee de boetehoogte wordt vastgesteld? – is gericht op het achterhalen (reconstrueren) van de *hoogte* van de boete en de *vormgeving* van het boetestelsel op het terrein van zowel het *strafrecht* als het *bestuursrecht*. Te beantwoorden deelvragen zijn derhalve:

- i. Welke factoren zijn op het terrein van het strafrecht, meer in het bijzonder het ordeningsstrafrecht, van invloed op de hoogte van boetes en de vormgeving van het boetestelsel?
- ii. Welke factoren zijn op het terrein van het bestuursrecht van invloed op de hoogte van boetes en de vormgeving van het boetestelsel?
- iii. Hoe verhouden de achterhaalde strafrechtelijke factoren en bestuursrechtelijke factoren zich tot elkaar?
- iv. Op welke wijze kan meer eenheid in de boetesystematiek worden gebracht?

11 Conform de opvatting van de Werkgroep Sanctiestelsels, Nota aan de directiestaf DW over aandachtspunten keuze sanctiestelsels, juli 2009.

1.2.3.2 Factoren op wetgevings- en beleidsniveau (rationaliteiten)

Verwacht kan worden dat een inventarisatie en analyse van de *algemene regels* in de vorm van wetgeving en beleid (en bijbehorende toelichtingen) voldoende inzicht geven in hoe de boetehoogte wordt bepaald en voorts alle aanknopingspunten bieden om te kunnen komen tot meer eenheid in de systematiek waarmee de boetehoogte wordt vastgesteld. Dit wil zeggen dat er twee niveaus (rationaliteiten) zijn waarop (waarmee) de bepaling van de hoogte van de boete wordt genormeerd. Het eerste niveau is dat van de *wet*: de bijzondere wetten op het terrein van het bestuursrecht die een boetebevoegdheid bevatten; op het terrein van het strafrecht het Wetboek van Strafrecht, de Wet op de economische delicten en de strafbepalingen in bestuursrechtelijke wetten. Het tweede niveau is dat van het *beleid*: de beleidsregels en andere niet-wettelijke beslissingsregels in het bestuursrecht; in het kader van het strafrecht de Polaris-richtlijnen en andere beleidsregels van het OM, alsmede de rechterlijke oriëntatiepunten straftoemeting en de Databank Consistente Straftoemeting.

Niet kan worden uitgesloten dat de praktijk van boeteoplegging op een of meer onderdelen niet of niet geheel met de algemene regels overeenstemt. Daarom is in het onderzoek tevens aandacht besteed aan deze mogelijkheid van divergentie.

1.2.4 Bestuursrecht versus strafrecht

Een geheel eigen plaats bij de rationaliteit van de vormgeving van een boetesysteem en de boetehoogte wordt ingenomen door de bijzondere kenmerken van het bestuursrecht en het strafrecht en de onderlinge verhouding tussen beide rechtsgebieden. Enkele algemene (systeem)verschillen tussen beide rechtsgebieden verdienen hier kort aandacht.

Het eerste opvallende verschil betreft de verhouding tussen bestuursorgaan en bestuursrechter enerzijds en tussen OM en strafrechter anderzijds. De bestuursrechter kan worden getypeerd als een ‘besluitentoeser’, terwijl de strafrechter geen besluiten toetst maar zelf, zij het op vordering van het OM, volledig beslist. Dit kan consequenties hebben voor de plaats en rol van (vooral) soft law standaarden over de hoogte van op te leggen boetes. Vanwege de evenredigheidseis lijkt het bestuursrechtelijke systeem mee te brengen dat de door het bestuur vastgestelde strafmaatbeleidsregels door de bestuursrechter indringend dienen te worden getoetst en dat bovendien, vanwege de werking van artikel 4:84 Awb, de bestuursrechter bijzondere aandacht heeft voor de verhouding tussen beleidsregels en de beschikking. Daarentegen normeren de overeenkomstige beleidsregels in het strafrecht, de Polaris-richtlijnen, de strafoplegging niet rechtstreeks. Om die reden hoeft de strafrechter in het algemeen niet expliciet aandacht te besteden aan de vraag hoe de hoogte van de boete zich tot de Polaris-richtlijnen verdraagt. De vrij strikte domeinverdeling tussen OM en strafrechter brengt mee dat de rechter een zekere afstand tot de OM-

beleidsregels bewaart, in het bijzonder waar het draait om requireerbeleidsregels (Polaris), die over de hoogte van de straf gaan. Hiermee is verondersteld dat de bestuursrechter zich op het punt van de strafmaat wat minder vrij ten opzichte van het bestuursorgaan opstelt dan de strafrechter ten opzichte van het OM.¹² Aandacht verdient voorts de vraag of er op het punt van het omgaan met strafmaatstandaarden verschillen tussen bestuur en OM bestaan. Hierbij kan van invloed zijn dat een bepaling als artikel 4:84 Awb ontbreekt en dat de verhouding tussen formele beleidsregels en vaste gedragslijnen in het strafrecht anders wordt beoordeeld dan in het bestuursrecht.

Bij dit alles moet worden aangetekend dat juist op het terrein van het bestuurlijke boeterecht de bestuursrechter sterk naar de strafrechter toegroeit. Zo laat de bestuursrechtelijke jurisprudentie in de eerste plaats zien dat de bestuursrechter zich weliswaar in de praktijk relatief terughoudend tegenover strafmaatbeleidsregels opstelt (dus niet toetst op een wijze vergelijkbaar met de – volle – toetsing van wetsinterpreterende beleidsregels), maar vervolgens vol in zoomt op alle omstandigheden van het voorliggende geval. In de tweede plaats moet worden gewezen op artikel 8:72a Awb, dat de bestuursrechter ertoe verplicht om, na vernietiging van een boetebesluit, zelf een beslissing omtrent het opleggen van de boete te nemen en te bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van de vernietigde beschikking. Ook dit doet sterk denken aan hetgeen in het strafrecht gebruikelijk is. Een ander punt waarop het bestuursrecht naar het strafrecht toegroeit, betreft mogelijke stigmatisering. Stigmatisering vindt, blijkens (aan bestuurlijke boetes gerelateerde) ‘naming en shaming’ en informatieverstrekking op basis van de Wet BIBOB, in toenemende mate ook in het raamwerk van het bestuursrecht plaats. Voorts illustreert artikel 5:1 lid 3 Awb, waarin artikel 51 lid 2 en 3 Sr van overeenkomstige toepassing is verklaard, dat de verschillen tussen bestuursrecht en strafrecht kleiner zijn geworden.

Het tweede verschil betreft de wetgever en ziet op de wijze waarop de maximumboete wordt bepaald. Artikel 23 lid 3 Sr geeft aan dat de geldboete die voor een strafbaar feit ten hoogste kan worden opgelegd gelijk is aan het bedrag van de categorie die voor dat feit is bepaald, waarna in het vierde lid voor zes categorieën de maxima worden vermeld. In het bestuursrecht bestaat een dergelijk algemeen kader niet. Daar is het aan de wetgever om in elke bijzondere wet afzonderlijk het maximum vast te stellen. Tot op zekere hoogte verschaft dit de wetgever in het bestuursrecht meer vrijheid dan in het strafrecht, waar sprake is van een sterkere systeemafhankelijkheid.

12 Zie bijvoorbeeld H.E. Bröring, ‘Rationele willekeur’. *Enkele opmerkingen over discretionaire boetebevoegdheden* (oratie Groningen, 14 juni 2005), <http://irs.ub.rug.nl/ppn/296307858>.

1.3 Onderzoeksstrategie

1.3.1 Literatuurstudie

Met het onderzoek wordt beoogd meer te weten te komen over de hoogte van de boetes en de vormgeving van boetestelsels. Waarom zijn boetes zo hoog als ze zijn? Het antwoord op deze vraag kan op twee niveaus worden beantwoord. Het eerste niveau is dat van de wet, het tweede dat van het beleid, met name van het orgaan dat die wet uitvoert. De eerste stap vormt de reconstructie van de argumenten die worden aangedragen voor een bepaalde boete. Voor wat betreft *strafrechtelijke* boetes resulteert dit in een inventarisatie en analyse van het Wetboek van Strafrecht en het beleid dat daarop is gebaseerd, waarbij moet worden onderscheiden tussen het OM-beleid in de vorm van de Polaris-richtlijnen en overige OM-beleidsregels en de rechterlijke oriëntatiepunten straftoemeting en de Databank Consistente Straftoemeting. Hierbij wordt ingegaan op het strafrecht in het algemeen en het orderingsstrafrecht in het bijzonder.

1.3.2 Kwantitatieve analyse bestuurlijke boetestelsels

De literatuurstudie verschaft een algemeen overzicht dat zich met name richt op strafrechtelijke boetestelsels. Meer in het bijzonder voor de bestuurlijke boete geldt een zeer grote variatie van stelsels, op verschillende beleidsterreinen, met verschillen ten aanzien van de vormgeving en boetehoogte en (dus) verschillende rationaliteiten. Met als doel deze rationaliteit te ontrafelen, zijn vervolgens de kenmerken van alle 82 bestuurlijke boetestelsels in kaart gebracht.¹³ In de bijlage zijn deze boetestelsels aangeduid en zijn de belangrijkste kenmerken per boetestelsel weergegeven. Het verzamelen van enkele kenmerken van deze boetestelsels biedt de mogelijkheid om de bevindingen in de steekproef te verifiëren en aan te vullen.

1.3.3 Deskresearch steekproef bestuurlijke boetestelsels

Op basis van de bevindingen in de kwantitatieve analyse is een selectie gemaakt van twaalf bestuurlijke boetestelsels. Van de geselecteerde boetestelsels is de parlementaire geschiedenis bestudeerd en zijn meer kenmerken achterhaald. Deze twaalf wetten en aanverwante regelgeving (inclusief beleidsregels) worden uitvoerig beschreven en geanalyseerd. De steekproef is tot stand gekomen met behulp van een aantal criteria, met als doel een zo groot mogelijk-

¹³ Dit zijn alle op 1 januari 2011 bekende boetestelsels. Boetestelsels die na deze datum in werking zijn getreden vallen buiten het bereik van het onderzoek.

ke spreiding van soorten boetestelsels. De volgende criteria en overwegingen zijn daarbij leidend geweest:

- Het betrokken ministerie. Verschillende wetsfamilies zullen een eigen, mede door traditie bepaalde, boetehoogte en vormgeving van het boetestelsel hanteren. Verschillende rechtsgoederen moeten in het onderzoek vertegenwoordigd zijn. Verschillende departementen / beleidsterreinen zullen gericht zijn op de bescherming van een of meer ‘eigen’ rechtsgoederen (uiteenlopende aard delict).
- De maximale boetehoogte. Zowel lage, hoge als zeer hoge boetes moeten in het onderzoek vertegenwoordigd zijn.
- De aard van de overtreder. Zowel natuurlijke personen-overtreders als rechtspersonen-overtreders moeten in het onderzoek vertegenwoordigd zijn.
- De vormgeving van het boetestelsel. Ten minste de volgende drie typen stelsels moeten in het onderzoek vertegenwoordigd zijn: wettelijk gefixeerd boetes, via beleidsregels gefixeerde boetes, geheel open stelsels.
- Aantallen opgelegde boetes. Zowel wetten die weinig, wetten die veel, als wetten die zeer veel boetes sorteren, moeten in het onderzoek vertegenwoordigd zijn.

Aan de hand van deze criteria zijn de volgende boetestelsels geselecteerd:

- Algemene Ouderdomswet.
- Geneesmiddelenwet.
- Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften.
- Algemene wet inzake rijksbelastingen.
- Wet arbeid vreemdelingen.
- Tabakswet.
- Wet handhaving consumentenbescherming.
- Telecommunicatiewet.
- Mededingingswet.
- Arbeidstijdenwet.
- Mediawet 2008.
- Wet op het financieel toezicht.

Van deze boetestelsels zijn wet én beleid(sregels) bestudeerd. Dit leverde een (meer) verfijnd overzicht met kenmerken op die zich lenen voor een kwantitatieve analyse. Deze analyse resulteert in een vergelijking van de boetestelsels, waarmee kenmerken die van invloed zijn op de hoogte van een boete of de vormgeving van een boetestelsel, zichtbaar kunnen worden gemaakt. Bij deze analyse is waar mogelijk gecontroleerd of de patronen die zichtbaar worden in de steekproef, overeenkomen met de verzamelde gegevens over *alle* 82 boetestelsels.

1.3.4 Casestudy steekproef bestuurlijke boetestelsels

Als vierde en laatste stap is een casestudy verricht bij bestuursorganen die belast zijn met de uitvoering van drie van de boetestelsels uit de steekproef. Deze casestudy heeft als doel te verifiëren dat wat in wet en beleid wordt voorgenomen, ook aansluit bij de praktijk van het uitvoerende bestuursorgaan. Daarbij stond weliswaar de vraag centraal of er aanwijzingen zijn dat de praktijk van boeteoplegging afwijkt van het (formele) kader van wetgeving en beleid, maar zijn ook andere relevante aspecten aan de orde gekomen. De casestudy is verricht bij de volgende drie boetestelsels en bestuursorganen:

- Algemene Ouderdomswet – Sociale verzekeringsbank.
- Tabakswet – nieuwe Voedsel en Waren Autoriteit.
- Mededingingswet – Nederlandse Mededingingsautoriteit.

De keuze voor deze boetestelsels is gelegen in de variatie naar de techniek van het boetestelsel (feitcodering versus ‘rekensom’), aantallen opgelegde boetes, en typen overtreders (natuurlijke personen versus rechtspersonen).

1.4 Leeswijzer

Hoofdstuk 2 is de verslaglegging van de zoektocht naar de factoren die de strafrechtelijke straftoemeting bepalen. Aandacht wordt besteed aan onder meer (de achtergronden van) het Wetboek van Strafrecht, het OM-beleid en de rechterlijke oriëntatiepunten, resulterend in een beperkt aantal factoren. Hoofdstuk 3 geeft een beschrijving van een twaalfstal bestuursrechtelijke regelingen van bestuurlijke boetes. Dit geschiedt op die punten waarvan op voorhand kan worden verondersteld dat zij van invloed kunnen zijn op de hoogte van de bestuurlijke boete en de vormgeving van het boetestelsel. Hoofdstuk 4 geeft de resultaten weer van de vergelijkende analyse van bestuursrechtelijke boetestelsels. Ten slotte bevat hoofdstuk 5 de samenvatting, conclusies en aanbevelingen.

Straftoemeting in het strafrecht

2.1 Veel vrijheid; OM-beleid en rechterlijk beleid

Een belangrijk kenmerk van ons strafrecht is dat het een grote ruimte geeft bij het toemeten van straffen. Tot op heden kent ons Wetboek van Strafrecht alleen algemene, lage strafminima. De duur van de tijdelijke gevangenisstraf is ten minste een dag (art. 10 lid 2 Sr), en ook de duur van de hechtenis is ten minste een dag (art. 18 lid 1 Sr). Het bedrag der geldboete is ten minste € 3, volgens artikel 23 Sr.¹ Voor de taakstraf geeft de wet geen minimum (art. 22c Sr). De maximaal op te leggen straffen zijn voor zover het om vrijheidsstraffen en geldboetes gaat per strafbaar feit vastgelegd. Tussen de algemene strafminima en de specifieke strafmaxima geeft het wetboek de strafoplegger veel vrijheid.

Dat wil echter niet zeggen dat aan het wetboek geen indicaties kunnen worden ontleend betreffende de wijze waarop de strafoplegger van deze vrijheid gebruik dient te maken. Deze in het wetboek vervatte indicaties worden in het navolgende eerst in kaart gebracht. Daarna worden andere rechtsinstrumenten besproken die het toemeten van straffen in het strafrecht normeren. Hiermee komt de opzet van dit hoofdstuk overeen met de twee in het vorige hoofdstuk onderscheiden niveaus of rationaliteiten waarop of waarmee de hoogte van straffen wordt genormeerd: de wet (het Wetboek van Strafrecht; de volgende paragraaf) en het beleid, waarbij nader wordt onderscheiden tussen het OM-beleid in de vorm van de Polaris-richtlijnen en de overige OM-beleidsregels (§ 2.3) en de rechterlijke oriëntatiepunten straftoemeting en de Databank Consistente Straftoemeting (§ 2.4). Aansluitend wordt apart aandacht geschonken aan de OM-afdoening; nagegaan wordt in hoeverre bepaalde bevindingen uit de vorige paragrafen vanuit het perspectief van deze nieuwe afdoeningswijze anders beoordeeld dienen te worden (§ 2.5). Dit hoofdstuk sluit af met een samenvatting en tussenconclusie (§ 2.6).

¹ De boetebedragen worden periodiek geïndexeerd. Zo zijn de boetebedragen per 1 januari 2011 verhoogd met 15%. Dat heeft overigens ook gevolgen voor bijvoorbeeld de waarde van de sanctiepunten die worden gebruikt in de verschillende OM-richtlijnen (daarop wordt verderop uitvoerig ingegaan). De waarde van sanctiepunten is verhoogd naar € 29 per sanctiepunt.

2.2 Het Wetboek van Strafrecht

2.2.1 Inleiding

De belangrijkste indicatie inzake straftoemeting die het Wetboek van Strafrecht kent, is de maximumstraf. Op (bijna) ieder feit is een vrijheidsstraf gesteld die tijdelijk kan zijn, en in dat geval een aantal maanden tot een groot aantal jaren kan bedragen, en die in sommige gevallen zelfs levenslang is. Daarnaast is op ieder feit een geldboete gesteld, waarvan de maximale hoogte door de toepasselijke boetecategorie wordt bepaald (art. 23 Sr).

Die maximale straffen worden door de ernst van het strafbare feit bepaald, zoals de wetgever deze heeft gewaardeerd. In het wetboek is een aantal factoren te herkennen die meer in het algemeen gesproken op deze waardering van invloed zijn. Dat is, bij misdrijven, in de eerste plaats het subjectieve element. Het maakt voor de op te leggen straf buitengewoon veel uit of een gevolg opzettelijk of culpoos teweeg is gebracht (vgl. art. 287 en art. 307 Sr). Voorts is het al dan niet voltooid zijn van het delict van belang. Het maximum van de hoofdstraffen wordt bij een poging met een derde verminderd (art. 45 Sr) en bij voorbereiding met de helft (art. 46 Sr). Poging is daarbij enkel bij misdrijven strafbaar gesteld; voorbereiding zelfs alleen bij misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld. Ook de ernst van de bijdrage aan het strafbare feit is van belang. Het maximum van de hoofdstraffen gesteld op een misdrijf wordt bij medeplichtigheid met een derde verminderd (art. 48 Sr).

Betrokkenheid van meer daders heeft dikwijls een strafverhogend effect. Diefstal door twee of meer verenigde personen, bijvoorbeeld, kent een maximumstraf van zes jaren (art. 311 Sr); diefstal door een alleen opererende dader een maximumstraf van vier jaren (art. 310 Sr). Recidive ter zake van een soortgelijk misdrijf leidt tot een hogere maximumstraf (artt. 43a-43c Sr). Een hogere maximumstraf is ook van toepassing als een feit is gepleegd door een ambtenaar die daarbij een bijzondere ambtsplicht schendt, of bij het begaan van het feit gebruik maakt van macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken.

Omstandigheden die de wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid van een strafbaar feit verminderen, kunnen daarentegen tot het toemeten van een lagere straf leiden. Wat net niet verontschuldigbaar is, is wel minder strafwaardig. Veel van deze omstandigheden spelen bij overtredingen geen of een minder belangrijke rol. Het bewijs van opzet of schuld wordt bij overtredingen doorgaans niet geëist. Voorbereiding, poging, maar ook medeplichtigheid, zijn enkel bij misdrijven strafbaar. Hogere maximumstraffen bij medeplegen komen bij overtredingen niet voor, en de wettelijke recidiveregeling beperkt zich tot misdrijven. Daarmee is echter niet gezegd dat de gedachten die aan de onder-

havige straftoemetingsfactoren ten grondslag liggen, bij overtredingen geen rol kunnen spelen.

Wel van toepassing is de gedachte dat omstandigheden die de wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid van een strafbaar feit verminderen, tot het toemeten van een lagere straf kunnen leiden. Bij overtredingen valt dan vooral te denken aan omstandigheden die overmacht of afwezigheid van alle schuld (avas) in beeld brengen, maar niet toepasselijk maken.

2.2.2 Strafverhogende en strafverlagende factoren

2.2.2.1 Vooraf

Uit het bovenstaande blijkt dat in een zoektocht naar de factoren die de hoogte van strafrechtelijke sancties (en meer in het bijzonder boetes) bepalen, de door de wetgever vastgestelde maximum straffen *als zodanig* ons niet veel verder helpen.² Uit die maximum straffen kan slechts worden afgeleid hoe strafwaardig de wetgever een bepaald delict acht, dan wel welke typen delicten (gewelddelicten, zedendelicten, levensdelicten) in de samenleving als relatief ernstige delicten, dan wel als minder ernstige delicten worden beschouwd.³ Daar – omgekeerd – conclusies uit trekken voor de strafwaardigheid van andere (nieuwe) delicten, zou de zaak op zijn kop zetten.⁴

Echter, ervan uitgaande dat het normatieve oordeel met betrekking tot de (ten opzichte van andere delicten) relatieve strafwaardigheid van een strafbaar feit mede is gebaseerd op bepaalde factoren met een strafverhogend of -verlagend effect, zal in dit onderdeel van het onderzoek worden getracht deze factoren te inventariseren. Dat wil zeggen dat enerzijds wordt aanvaard dat de normatieve overwegingen die de wetgever ten grondslag heeft gelegd aan de maximum straffen waarmee delicten worden bedreigd, als zodanig niet vol-

2 Zie in dit verband bijvoorbeeld D.J. van Zeben, 'Irrationale ideeën rond de straftoemeting', *Trema Straftoemetingsbulletin*, nr. 2, 2010, p. 30-43. Zijn betoog komt er op neer dat de behoefte aan straffen en de wijze waarop de hoogte van een straf wordt bepaald, niet rationeel zijn te verklaren, maar wel achteraf worden 'gerationaliseerd', dat wil zeggen: dat daar pas achteraf bepaalde functies en strafdoelen aan worden toegeschreven. Zie voorts J.A.W. Lensing, 'Andrew Ashworth; Sentencing and Criminal Justice (4th edition)' (boekbespreking), in *Trema bulletin* 1, juni 2006, p. 8-11, en met name p. 8: "Op de proportionaliteit gaat Ashworth uitvoerig in. Hij bespreekt onder meer het oorspronkelijke door Von Hirsch en Jareborg ontwikkelde systeem om de ernst van strafbare feiten met individuele slechtoffers vast te stellen, stelt een aanpassing voor en brengt op basis daarvan een beslissingsschema tot stand. Maar hoe stel je vervolgens vast welk strafniveau daarbij hoort? Dat is een moeilijke vraag. Cultuur (conventies) speelt hier een belangrijke rol."

3 Vgl. de MvT bij het wetsvoorstel 'Herijking Wettelijke Strafmaxima' *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3, p. 3-4, waaruit blijkt dat de ernst van het feit het belangrijkste ijkpunt vormt: "De leidende gedachte was dat de maxima van de vrijheidsstraffen in hun onderlinge verhouding de ernst van de verschillende delicten tot uitdrukking brengen."

4 Overigens heeft P.M. Schuyt op een eigen – verdienstelijke – wijze de factoren geïnventariseerd en gecategoriseerd die een rol (kunnen) spelen bij straftoemeting in haar algemeenheid, zij het vanuit een wat andere invalshoek dan waarvoor hier wordt gekozen (zie verderop). Zie P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, (diss.) Nijmegen: Kluwer 2009. Zie voorts vanuit een rechtsfilosofische invalshoek: Vincent Geeraets, *A Neutral Conception of Punishment; A Philosophical Analysis*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2011.

doende ‘operationeel’ zijn (te maken) om te kunnen dienen als richtinggevend, of zelfs maar als instrument, in het streven naar een heldere eenduidige systematiek ter bepaling van sanctiehoogten. Anderzijds wordt echter aangenomen dat in de rechtsgeschiedenis en rechtsontwikkeling trends, redenen en oorzaken zijn aan te wijzen waarop die *relatieve* strafwaardigheid is gefundeerd, dan wel op grond waarvan het oordeel over de strafwaardigheid van bepaalde delicten is of wordt bijgesteld. Kortom, in dit deel van het onderzoek zal het accent liggen op de factoren die op wetgevingsniveau een strafverhogend of -verlagend effect hebben, en wel in tweeërlei opzicht: enerzijds (systematisch gezien) ten opzichte van een ander (grond)delict, anderzijds (in de tijd gezien) ten opzichte van eerdere, inmiddels als achterhaald beschouwde, opvattingen over de strafwaardigheid van de desbetreffende delicten. De gedachte is dat deze factoren gemakkelijker zijn te veralgemeniseren, te rubriceren en te operationaliseren dan de vaak betrekkelijk ongrijpbare en onbenoembare normatieve overwegingen die ten grondslag hebben gelegen aan de bepaling van de strafmaxima per delict als zodanig.

Daar komt nog bij dat deze systematiek van strafverhogende en strafverzwakende factoren ook tot de kern behoort van de strafvorderings- en andere richtlijnen van het OM zoals (met name) vorm gegeven in het Kader voor Strafvordering en de BOS-Polaris-richtlijnen (het tweede niveau van de zgn. ‘rationaliteit van het reguleringssstelsel’). Deze systematiek speelt zelfs een niet onbelangrijke rol op het niveau van de concrete strafoplegging, zoals wel blijkt uit de oriëntatiepunten van het Landelijk Overleg van Voorzitters van Strafsectoren (LOVS) en de Databank Consistente Straftoemeting.

In de vorige subparagraaf zijn bij wijze van inleiding al enkele voorbeelden van deze strafverhogende en strafverlagende factoren de revue gepasseerd. In de volgende subparagraaf wordt daarop voortgeborduurd aan de hand van een overzicht van een groot aantal strafverhogende en strafverlagende factoren van zeer uiteenlopende aard. Hoewel bij deze inventarisatie een bepaalde vorm van rubricering niet geheel te vermijden is, zal dat voorshands niet het belangrijkste doel zijn.⁵

2.2.2.2 Twee categorieën factoren

In het overzicht van factoren die de hoogte van sancties (meer in het bijzonder boetes) bepalen, worden strafverhogende en strafverlagende factoren besproken, die:

- Afwijking van de strafmaxima bij een ander (grond)delict rechtvaardigen.
- Bijstelling van de tot dan toe geldende straftoemeting rechtvaardigen.

5 Zo is de verleiding groot aan te haken bij de rubricering van de strafbeïnvloedende omstandigheden die Schuyt hanteert: a) de persoon van de dader: wie; b) de wijze waarop: hoe; c) de gevolgen: effect; d) de omstandigheden: context; e) overige factoren. Hoewel er, zoals nog zal blijken, sprake is van overlappingen, is toch voor een wat andere – de in de hoofdstuktekst uiteengezette – benadering gekozen.

Voorts zal een enkel woord worden gewijd aan externe factoren die bepalend kunnen zijn voor de aard en de hoogte van de maximum straffen die voor bepaalde typen delicten gelden.

Wat de eerste categorie strafverhogende en -verlagende factoren betreft, is aansluiting gezocht bij de systematiek van het Wetboek van Strafrecht en enkele bijzondere strafwetten. In dat verband is – zo nodig – de Memorie van Toelichting (MvT) bij het oorspronkelijke Wetboek van Strafrecht geraadpleegd. Wat betreft de tweede categorie strafverhogende en -verlagende factoren (trends en redenen die hebben geleid tot een verhoging van de strafmaxima bij bepaalde delicten) is aansluiting gezocht bij de Wet Herijking Strafmaxima. Kort samengevat heeft deze ‘Wet Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en de Wegenverkeerswet 1994, in verband met de herijking van een aantal wettelijke strafmaxima’ tot de volgende wijzigingen in de strafrechtelijke straftoemeting geleid:⁶

- Het strafmaximum van eenvoudige mishandeling is verhoogd van twee naar drie jaren gevangenisstraf. Daarmee is tot uitdrukking gebracht dat we in onze samenleving zwaarder zijn gaan tillen aan geweldsmisdrijven.
- Het strafmaximum van ‘chantage’ (art. 318 Sr) is verhoogd (vanwege het grotere gewicht dat in onze samenleving tegenwoordig wordt toegekend aan de factor ‘dwang’). Daarnaast is ook het strafmaximum van het delict ‘oplichting’ (art. 326 Sr) verhoogd (vanwege een grotere gewicht dat in onze samenleving tegenwoordig wordt toegekend aan de factor ‘misbruik van vertrouwen’).
- De Wegenverkeerswet 1994 (WVW) is aangepast om een passende sanctie mogelijk te maken in die gevallen waarin aanmerkelijk onvoorzichtig gedrag zwaar lichamelijk letsel of de dood van een ander teweeg heeft gebracht. Roekeloos rijden met de dood of lichamelijk letsel tot gevolg levert een verdubbeling van de respectievelijke strafmaxima op ten opzichte van ‘gewone’ culpose verkeersdelicten met dezelfde gevolgen. Rijden onder invloed en het in ernstige mate overschrijden van de maximum snelheid leveren nog eens 50% extra strafverzwaring op (tot maximaal negen jaar gevangenisstraf). In dat verband zijn tevens de strafmaxima in het Wetboek van Strafrecht (betreffende culpose gevolgsdelicten waarbij de gevolgen – zwaar lichamelijk letsel of dood – zijn veroorzaakt door roekeloos gedrag) meer in overeenstemming gebracht met de nieuwe strafmaxima van de WVW. De strafmaxima daarvoor zijn in het Wetboek van Strafrecht eveneens verdubbeld en verhoogd tot twee respectievelijk vier jaar gevangenisstraf. Bij meerdere slachtoffers (meerdaadse samenloop) geldt een strafmaximum van vijf jaar en vier maanden gevangenisstraf. Ook zijn in dat verband de strafmaxima van de gemeengevaarlijke culpose delicten (brand door schuld e.d.) verhoogd: als die tot de dood van een ander leiden, geldt daarvoor een strafmaximum van twee jaar. In dat geval kan het OM

⁶ Zie *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 2.

natuurlijk ook kiezen voor dood door schuld (al dan niet als gevolg van roekeloos gedrag).

- De strafrechtelijke bescherming van parlementaire vergaderingen wordt uitgebreid tot vergaderingen van parlementaire commissies en tot ministers en staatssecretarissen die optreden in parlementaire vergaderingen. Ook de strafrechtelijke bescherming van vergaderingen van provinciale staten en van gemeenteraden wordt uitgebreid tot vergaderingen van commissies die door provinciale staten respectievelijk gemeenteraden zijn ingesteld (alsmede het optreden van het college van B&W en GS in de vergaderingen van die organen);
- Ten slotte is het delict ‘tweegevecht’ geschrapt en wordt artikel 179 Sr (ambtsdwang: het door geweld of dreiging met geweld een ambtenaar dwingen tot het doen/nalaten van een ambtsverrichting) aangevuld met de zinsnede ‘of door enige andere feitelijkheid’. Daarmee wordt de reikwijdte van de delictomschrijving enigszins opgerekt tot het grensgebied tussen ‘omkoping van ambtenaren’ en ‘dwingen door (dreiging met) geweld’. Daarmee wordt het belang van het correct functioneren en de integriteit van het openbaar gezag nog eens extra benadrukt.

In de volgende paragraaf zal, in het kader van een inventarisatie van strafverhogende en strafverlagende factoren die – in verhouding tot andere (grond)delicten – leiden tot relatief hogere strafmaxima, zijdelings ook worden ingegaan op de (aan de MvT ontleende) overwegingen die tot de hierboven besproken wijzigingen en aanpassingen van strafmaxima aanleiding hebben gegeven.

2.2.2.3 Betekenis voor boetestelsels ordeningswetgeving

Op deze plaats nog een enkele aanvullende opmerking over het nut en de betekenis van deze algemene inventarisatie van strafverhogende en -verlagende straftoemetingsfactoren voor boetestelsels in het kader van ordeningswetgeving.

Erkend moet worden dat de factoren die op grond van het ‘commune’ strafrecht kunnen worden geïnventariseerd, naar alle waarschijnlijkheid niet in alle opzichten even relevant zullen zijn voor de boetestelsels in de context van ordeningswetgeving, waarop dit onderzoek zich primair richt. Voorkomen dient echter te worden dat deze inventarisatie al op voorhand te veel wordt gestuurd door aannames (zoals met betrekking tot de relevantie – of het ontbreken daarvan – van bepaalde in het ‘commune’ strafrecht gevonden strafverhogende en -verlagende factoren voor ordeningswetgeving), dan wel: te sterk wordt ingekaderd in een bepaald model (zoals in de benadering van Schuyt, die uitgaat van enkele algemene elementen voor de straftoemetingsgrammatica, die als het ware universeel en tijdloos zouden zijn – wie, wat, hoe, effect, context⁷

⁷ Zie P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, (diss.) Nijmegen: Kluwer 2009, p. 17 e.v. Uitgaande van die algemene elementen, heeft zij het bijv. nodig om een apart hoofdstuk te wijden aan factoren die niet onder deze ‘pentade’ zijn onder te brengen: hoofdstuk 5 ‘Algemene strafbeïnvloedende omstandigheden’, zoals draagkrachtbeginsel, recidive, proceshouding en bereidheid tot medewerking, samenloop, etc.

– waardoor haar inventarisatie een min of meer ‘deductief’ en ook een zeker prescriptief karakter krijgt).

Anderzijds is de hierna volgende inventarisatie niet helemaal ‘waardevrij’. Omdat het voor een deel factoren betreft waarvan op voorhand al duidelijk is dat ze niet of minder relevant zijn voor boetestelsels in het kader van ordeningswetgeving, is de inventarisatie enigszins afgebakend. Kort gezegd, komt het er op neer dat verregaande nuanceringscriteria niet of slechts beperkt worden meegenomen in deze inventarisatie.⁸ Dergelijke nuances spelen vooral een rol met het oog op ‘commune’ strafbare feiten met een dermate complex karakter dat maatwerk nodig is. De ervaring leert dat ze niet of nauwelijks een rol spelen bij ordeningswetgeving, waarbij het accent niet primair ligt op vergelding, opzet en/of schuld, verwijtbaarheid, de gevolgen voor eventuele slachtoffers, strafuitsluitingsgronden, en allerlei andere factoren die maatwerk vereisen, maar op het eenvoudigweg ‘conditioneren’ van de justitiabele.⁹ Wat dat betreft kan een parallel worden getrokken met de commune strafrechtelijke overtredingen, waarbij eveneens wordt uitgegaan van het zogenoemde ‘fait matériel’, zodat subjectieve bestanddelen er evenmin toe doen en voorts de verwijtbaarheid en strafuitsluitingsgronden en dergelijke

8 Zie Sigrid van Wingerden en Paul Nieuwebeerta, ‘Straftoemeting bij moordenaars. De invloed van dader-, slachtoffer- en delictskenmerken’ in *Trema Straftoemetingsbulletin*, nr. 1, 2010, p. 11-21. Daaruit blijkt welk complex van factoren een rol kan (en moet) spelen bij een ingrijpend delict als moord en hoe lastig het is de factoren die (veelal onbewust) een rol spelen bij het bepalen van de strafmaat, bloot te leggen. De auteurs menen dat de doorslaggevende criteria niet zijn af te leiden uit de strafmotivering (die blijft meestal globaal en beperkt zich inhoudelijk meestal tot de constatering dat de op te leggen straf in overeenstemming is met de ernst van het feit, de persoon van de verdachte en de omstandigheden van het geval) en slechts kunnen worden blootgelegd door middel van empirisch onderzoek.

9 Zie in dit verband bijvoorbeeld A.A. Franken, ‘Een blijvend probleem: over straftoemeting en consistentie’ in *Trema Straftoemetingsbulletin*, nr. 2, 2005, p. 56-58 en met name p. 58: “Op zichzelf kan geen zinnig bezwaar worden geformuleerd tegen een consistente straftoemeting. De problemen beginnen pas bij de uitwerking van die mooie gedachte. [...] de voor straftoemeting relevante factoren laten zich moeilijk vergelijken. Het is denkbaar dat desalniettemin een tariefmatige bestraffing in bulkzaken nog aanvaardbaar wordt geacht, zeker wanneer door of namens de verdachte niet nadrukkelijk aandacht wordt gevraagd voor omstandigheden die tot een afwijking daarvan aanleiding geven. Dat gevalsvergelijking in ernstiger zaken met behulp van een databank een aantrekkelijk scenario is, acht ik daarentegen ondenkbaar. Met consistente straftoemeting heeft een databank die slechts de in een arrest opgenomen informatie aanreikt, niet te maken. Het lijkt er veeleer op dat uniformiteit door simplificatie wordt opgedrongen.”

Zie voorts E. Gritter, G. Knigge en N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling. Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de economische delicten te herzien*, (WODC: Onderzoek en beleid, nr. 234) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 47 (§ 2.2.3.2): “Uit de toelichting op het oorspronkelijke ontwerp van de WED blijkt dat het stelsel van bijkomende straffen en maatregelen in belangrijke mate een instrumentele achtergrond heeft. In de toelichting werd gesteld: ‘Voor de economische strafrechter zal de reclasseringsvraag veelal nevensgeschikt moeten zijn aan deze andere vragen: hoe is zoveel mogelijk het met het delict verkregen voordeel weg te nemen en de schade te herstellen, door het delict toegebracht, welke gevaren zijn voor de volkshuishouding te vrezen van de in elk bepaald geval te duchten recidive en hoe kunnen deze gevaren zo doelmatig worden ondervangen’.”

eveneens een minder prominente rol spelen.¹⁰ Dat alles laat onverlet dat ook in die gevallen eventuele strafuitsluitingsgronden de strafbaarheid van de dader weliswaar kunnen wegnemen, maar dan veeleer bij wijze van uitzondering of in de zin van vangnet, dan als straftoemingsfactor.

2.2.2.4 Karakter inventarisatie

De wijze waarop de strafverhogende en -verlagende factoren zullen worden geïnventariseerd, is niet ingebed in een bepaald model of in een bepaalde theorie, en is evenmin gekoppeld aan vooraf vastgestelde elementen voor de ‘straf-toemingsgrammatica’.¹¹ De inventarisatie is dus primair descriptief, ook al wordt ze begrensd voor zover een al te gedetailleerde en genuanceerde benadering weinig zin heeft met het oog op het beperkte doel van de inventarisatie: het verzamelen van de bouwstenen voor een straftoemingssystematiek ten behoeve van boetestelsels in de context van het ordeningsrecht.

Wellicht ten overvloede kan daarbij nog worden opgemerkt dat voor deze inventarisatie evenmin wordt aangehaakt bij de vraag of de straftoemering moet worden beoordeeld vanuit de zogenoemde ‘input-legitimatatie’ (waarbij de straftoemering wordt verantwoord vanuit het stelsel van de wet en de democratische rechtsstaat, of vanuit bepaalde beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering¹²), dan wel vanuit de zogenoemde ‘output-legitimatatie’ (het door een deugdelijke strafmotivering verantwoording afleggen over de wijze waarop de straftoemingsvrijheid door de rechter wordt ingevuld) waaruit zou blijken welke factoren een rol hebben gespeeld bij de strafvorming en welk gewicht ze daarbij hebben gehad, om deze factoren vervolgens onder te brengen in een verantwoordings-

10 Vgl. ook Marius Duker, *Legitieme straftoemering: een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemering in het licht van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, § 4.4, waarin hij met het oog op een efficiënter strafproces aandacht besteedt aan, en onderscheid maakt tussen ingewikkelde en eenvoudige strafzaken (bijvoorbeeld in geval van bekende verdachten en duidelijk omliggende delicten zonder dat er sprake is van allerlei bijzondere omstandigheden). De gedachte is dat eenvoudige strafzaken – als is voldaan aan bepaalde voorwaarden – in aanmerking (kunnen) komen voor een vereenvoudigde procedure. Doorgetrokken naar de straftoemering zou dat betekenen dat in eenvoudige zaken de rechter zich als het ware zou kunnen beperken tot de ‘primaire’ straftoemingscriteria, terwijl bij ingewikkelde zaken maatwerk (nuancering) meer in de rede zou liggen. Deze gedachtegang past bij het uitgangspunt dat er voor boetestelsels in het kader van ordeningswetgeving (ervan uitgaande dat ordeningswetgeving meestal ook wel betrekking zal hebben op ‘eenvoudige strafzaken’) kan worden volstaan met ‘primaire’ straftoemingsfactoren, althans als uitgangspunt.

11 Zie P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemering*, (diss.) Nijmegen: Kluwer 2009, p. 14.

12 Zie P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemering*, (diss.) Nijmegen: Kluwer 2009, p. 14 met een verwijzing naar publicaties van Schoep en Duker, waaraan verderop nog aandacht zal worden besteed.

kader waar de rechter weer gebruik van kan maken om bij de straftoemeting alle relevante factoren tegen elkaar af te wegen.¹³

De ‘output-legitimatatie’ zal slechts een rol spelen voor zover daaruit kan worden afgeleid welke factoren een rol hebben gespeeld bij de strafoplegging in concrete gevallen, en in hoeverre die afwijkt van (informele) richtlijnen zoals de landelijke oriëntatiepunten. Ook in die zin zal de inventarisatie als zodanig dus slechts een beschrijvend en waarde vrij karakter hebben, of anders gezegd: zal de inventarisatie van straftoemetingfactoren die mogelijk een rol kunnen spelen bij het construeren van een straftoemetingssystematiek en/of een verantwoordingskader, een descriptief en geen prescriptief karakter hebben.¹⁴

2.2.2.5 Spanningsverhoudingen rechterlijke macht

Voor de volledigheid moet voorts nog een enkel woord worden gewijd aan een aantal ontwikkelingen en discussies van de laatste decennia met betrekking tot de kwestie van de straftoemeting. Het betreft ontwikkelingen (en discussies daaromtrent) die op zichzelf weliswaar geen rol spelen bij de inventarisatie van de strafbepalende factoren als zodanig, maar die wel relevant kunnen zijn voor de selectie van de (voor ordeningswetgeving) belangrijkste strafbepalende factoren. En die voorts relevant kunnen zijn voor de wijze waarop de straftoemetingssystematiek, waarin deze factoren moeten worden ingebed, haar beslag zal moeten krijgen.

In algemene zin kan in dit verband allereerst worden gewezen op de wijze waarop de rechterlijke macht worstelt met de spanningsverhouding tussen:

- Het uitgangspunt dat de rechter – binnen een zekere bandbreedte – onafhankelijk dient te zijn bij het opleggen van een straf teneinde de straf zo precies mogelijk te kunnen toesnijden op de omstandigheden van het geval.
- Het uitgangspunt van een consistente strafoplegging: in gelijke gevallen mogen er geen al te grote verschillen optreden in de strafmaat en –modaliteit.

Ook voor de rechter geldt met andere woorden: vrijheid in gebondenheid. Er zal hier niet al te diep worden ingegaan op de wijze waarop het LOVS heeft getracht de juiste balans te vinden in deze spanningsverhouding en welke be-

13 Zie P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, (diss.) Nijmegen: Kluwer 2009, p. 14 en 15. Door in dat verband een verantwoordingskader te ontwikkelen op basis van de strafmotivering van rechters, kunnen de rechters worden geholpen de straftoemetingfactoren te ordenen en de relevante factoren tegen elkaar af te wegen. Daarmee kan worden voorkomen dat ze zich te veel laten leiden door factoren die het eerst in het oog springen, zoals de ernst van de gevolgen van het delict. Een soort groeimodel dus op basis van een wisselwerking tussen de strafmotivering en een daarop gebaseerd verantwoordingskader, aan de hand van enkele ‘universele’ elementen die bij het duiden en analyseren van gebeurtenissen steeds een belangrijke rol zouden spelen, niet alleen in het strafproces, maar ook in de journalistiek, in de literatuur, in de retorica, etc. (wat, wie, hoe, effect, context).

14 Vgl. J.W. Fokkens op het Symposium Straftoemeting in november 2005 te Amsterdam (uit: F.P. van Tulder en B.J. Diephuis, ‘Afgewogen straffen’, *Trema Straftoemetingsbulletin*, nr. 1, 2008, p. 21- 27.

denkingen daartegen zijn aangevoerd in de literatuur. Volstaan zal worden met het schetsen van enkele recente ontwikkelingen in dat verband.¹⁵

2.2.2.6 Projectgroep Straftoematingsinstrumentarium

Het LOVS heeft enige jaren geleden een Projectgroep Straftoematingsinstrumentarium in het leven geroepen, die haar werkzaamheden inmiddels alweer heeft beëindigd. Het aanvankelijke projectdoel was: het in kaart brengen van wie en op welke wijze (*naast* de leden van de zittende macht) een rol zouden moeten spelen bij het ontwikkelen van oriëntatiepunten¹⁶ ten behoeve van de zittende macht in het streven naar een zo groot mogelijke rechtseenheid in de strafrechtelijke straftoemeting.

Toen echter – om verschillende redenen – het aandachtspunt ‘maatschappelijke betrokkenheid’ bij het tot stand komen van oriëntatiepunten naar de achtergrond was verschoven, meende de projectgroep dat de grondslag aan de projectopdracht was komen te ontvallen en beëindigde zij haar werkzaamheden. De projectgroep had in een tussenrapport nog wel een aantal aanbevelingen gedaan. Onder andere de aanbeveling dat de aanwijzingen en richtlijnen van het OM (BOS-Polaris etc.) niet als vertrekpunt voor de straftoemeting mochten gelden, omdat de straftoemeting een eigen verantwoordelijkheid is van de rechter.¹⁷ Overigens erkende de projectgroep dat de rechter wel degelijk rekening houdt met de richtlijnen van het OM (zoals bij economische delicten), maar die mogen in de ogen van de projectgroep nooit de doorslag geven.

Wat betreft de oriëntatiepunten stelde de projectgroep voor het doen van voorstellen tot nieuwe oriëntatiepunten, en de uitwerking daarvan, op te dragen aan de Commissie Rechtseenheid (een commissie van het LOVS).¹⁸ Daarnaast stelde de projectgroep voor de huidige Databank Consistente Straftoemeting¹⁹ te vervangen door een Gegevensbank Informatie over De Straftoemeting (GIDS), met een betere ‘gegevensstructuur’ die het mogelijk maakt op een efficiëntere wijze de voor straftoemeting relevante informatie op te zoeken. Ook daarin zou de Commissie Rechtseenheid een belangrijke (voortrekkers) rol kunnen spelen.

15 Zie uitgebreid J.A.W. Lensing, ‘Projectgroep Straftoematingsinstrumentarium beëindigt werkzaamheden’, *Trema Straftoematingsbulletin*, nr. 1, 2011, p. 2-12.

16 Op het begrip ‘oriëntatiepunten’ zal verderop nog worden ingegaan. Het betreft kort gezegd een soort – niet dwingende – richtlijnen voor de zittende macht met het oog op het streven naar consistente strafoplegging.

17 Zie voor een andere opvatting verderop (Fokkens).

18 Zie over de huidige werkwijze van de Commissie Rechtseenheid, en de verhouding tussen de Commissie Rechtseenheid en het LOVS: Henk Abbink, ‘Oriëntatiepunten straftoemeting; een verkenning’, *Trema Straftoematingsbulletin*, nr. 1, 2010, p. 2-5. Het initiatief tot het ontwikkelen van een oriëntatiepunten ligt bij het LOVS. Dat geeft de opdracht aan de Commissie Rechtseenheid, die de oriëntatiepunten vervolgens ontwikkelt in samenspraak met de rechtbanken en gerechtshoven (in het algemeen in twee consultatierondes). Ten slotte wordt het ontwikkelde oriëntatiepunt ter vaststelling voorgelegd aan het LOVS.

19 Ook op de Databank Consistente Straftoemeting zal verderop nader worden ingegaan.

Inhoudelijk stelde de projectgroep voor om de meer algemene uitgangspunten die in de praktijk bij het opleggen van straffen worden gehanteerd (naast de evt. bijzondere oriëntatiepunten), te expliciteren. De projectgroep heeft vervolgens zelf een aantal voorstellen gedaan voor dergelijke ‘algemene’ oriëntatiepunten, waarbij de ‘common practice’ maatgevend is geweest.²⁰ Omdat over de gronden en doelen van het straffen nauwelijks consensus is te bereiken, heeft men zich beperkt tot de reconstructie van de rechtspraktijk. Daarin blijkt het proportionaliteitsbeginsel voorop te staan als grondslag voor alle andere oriëntatiepunten: evenredigheid van de straf ten opzichte van het feit, de gevolgen van het feit en de mate van verwijtbaarheid van de verdachte. Binnen de grenzen van deze evenredige bestraffing dient rekening te worden gehouden met de noodzaak en wenselijkheid van: de bescherming van de maatschappij en mogelijke slachtoffers, generale preventie, genoegdoening aan slachtoffers, speciale preventie, voorkomen van recidive, en voorkomen van mateloosheid in de bestraffing van daders.

Daarnaast stelde de projectgroep enkele algemene oriëntatiepunten voor met betrekking tot ‘strafverlichtende en strafverzwarende omstandigheden’, zoals: deelneming, poging/voorbereiding, samenloop, recidive, houding van de verdachte en processuele gronden voor strafvermindering. Ten slotte is een aantal concrete oriëntatiepunten geformuleerd met betrekking tot het opleggen van straffen en maatregelen.

2.2.2.7 Rol burgers

In het voorafgaande schemerde al even door dat de laatste jaren veel aandacht is besteed aan de vraag of burgers moeten worden betrokken bij de vorming van de uitgangspunten voor straftoemeting. Hoewel het op zich een interessant vraagstuk betreft, lijkt deze kwestie nauwelijks relevant voor de vraag welke factoren relevant zijn voor straftoemeting in het kader van ordeningswetgeving. Immers, handhaving van ordeningswetgeving lijkt bij uitstek een terrein waarvoor de burger nauwelijks belangstelling heeft, maar ten behoeve waarvan de overheid wel degelijk handhavingsinstrumenten nodig heeft.²¹ Burgers

20 Al in 2005 heeft onder andere Lensing ervoor gepleit een ‘algemeen deel’ toe te voegen aan de oriëntatiepunten. Zie J.A.W. Lensing, ‘Straftoemetingsrichtlijnen in Engeland; iets over recente ontwikkelingen’ in *Trema Straftoemetingsbulletin*, nr. 1, 2005, p. 12-16, en met name p. 15-16: “Voor en door rechters zou een ‘algemeen deel’ wellicht niet nodig kunnen worden geacht in de gedachte dat het om open deuren gaat. Naar mijn mening doet het echter eerder goed dan kwaad om uitgangspunten uitdrukkelijk op schrift te stellen. De kans dat men uitgangspunten vergeet toe te passen, zoals soms gebeurt, wordt daarmee geringer.”

21 Zie bijv. E. Gritter, G. Knigge en N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling. Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de economische delicten te herzien*, (WODC: Onderzoek en beleid, nr. 234) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 76: “Daarbij moet worden bedacht dat overtredingen van ordeningswetgeving over het algemeen slechts aan het licht komen door actief toezicht en speurwerk van overheidswege. Immers, naarmate overtredingen uitsluitend een schending opleveren van ‘het algemeen belang’ dat door ordeningswetgeving wordt beschermd, en particuliere burgers daardoor dus niet in hun privé-belangen worden getroffen, zal de overheid het niet van aangiften en dergelijke moeten hebben. Reactieve opsporing op basis van een concrete verdenking zal dan over het algemeen niet volstaan.”

betrekken bij de straftoemeting in dat verband, lijkt dan ook het paard achter de wagen spannen.

2.2.2.8 Rechter en OM-beleid

Voorts blijkt uit het voorafgaande dat er verschil van mening bestaat over de vraag of de rechter voor het straftoemingsbeleid wellicht kan aanhaken bij OM-beleidsregels en -aanwijzingen, of dat hij zelf de verantwoordelijkheid moet dragen voor het ontwikkelen van eigen richtlijnen. Als gezegd, dienen volgens de Projectgroep Straftoemingsinstrumentarium de beleidsregels en aanwijzingen van het OM (BOS-Polaris etc.) niet als vertrekpunt voor de straftoemeting te gelden, omdat de straftoemeting een eigen verantwoordelijkheid is van de rechter. Daar wordt echter ook wel anders over gedacht. Zo meent de P-G bij de Hoge Raad, J.W. Fokkens, dat consistente straftoemeting niet op basis van (door het LOVS en de Commissie Rechtseenheid ontwikkelde) oriëntatiepunten vorm zou moeten krijgen, maar op basis van een in de rechtspraak te ontwikkelen straftoemingsrecht.²² Daarbij zouden de strafverorderingsrichtlijnen van het OM juist wel een belangrijke rol kunnen vervullen, mits ze maar, meer dan nu het geval is, aansluiting zoeken bij de praktijk van rechterlijke straftoemeting. Dat kan worden bereikt door – in plaats van zeer vergaande detaillering en fixatie, met name wat betreft bepaalde daadcomponenten – bandbreedtes te ontwikkelen. Deze bandbreedtes bieden voldoende mogelijkheden om de strafoplegging zo precies mogelijk toe te snijden op de omstandigheden van het geval. Afwijking van deze bandbreedtes dient te worden verantwoord op grond van artikel 359 lid 2 (tweede volzin) Sv, hetgeen zal resulteren in jurisprudentie over straftoemingsfactoren die – in de vorm van de verder uit te bouwen Databank Consistente Straftoemeting – als leidraad kan dienen voor de rechterlijke macht. Op die manier ontwikkelt zich, bij het ontbreken van expliciete wettelijke straftoemingsfactoren, binnen de rechtspraak zelf, in wisselwerking met het OM (en dus ook indirect met de minister en zelfs met de volksvertegenwoordiging), consistente straftoemingsjurisprudentie. Dat leidt volgens Fokkens uiteindelijk tot een toetsbaar stelsel van ruim geformuleerde regels en rechtspraak, waar een beroep op kan worden gedaan, en waarmee kan worden voorkomen dat de aandacht voor de persoon van de dader wordt ondergesneeuwd door de focus op uniformering.

Welke consequenties deze gedachtegang kan of moet hebben voor de straftoemetingssystematiek met betrekking tot boetestelsels in het kader van ordeningswetgeving, valt niet helemaal te overzien. Wel lijkt het pleidooi voor ‘bandbreedtes en de daarin besloten liggende speelruimte in plaats van ge-

22 Zie J.W. Fokkens en M.J.A. Duker, ‘Straftoemeting als rechtsvinding’ (Bewerkte versie van de lezing die J.W. Fokkens over dit onderwerp heeft gehouden op het Symposium Straftoemeting te Amsterdam) in *Trema Straftoemingsbulletin*, nr. 1, 2006, p. 1-5. Zie voorts Marius Duker, *Legitieme Straftoemeting: Een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, § 4.3 en met name § 4.3.2 (Strafvervolgingsbeleid als uitgangspunt voor de rechter) en § 4.3.3 (Een functionele wisselwerking via het strafvorderingsbeleid).

fixeerde tarifiering' vooral te zijn ingegeven door de vrees dat de persoon van de dader ondergeschikt wordt gemaakt aan de focus op uniformering. Maar ook wat dat betreft ligt het in de rede niet alle delicten onder een noemer te brengen, maar te differentiëren tussen enerzijds eenvoudige orderingsdelicten waarbij het accent ligt op conditionering, en anderzijds complexe delicten waarbij de persoon van de verdachte, de mate van verwijtbaarheid, en allerlei andere factoren die om maatwerk vragen, een belangrijke rol spelen. Dat geldt ook voor het pleidooi om een consistente straftoemeting(systematiek) te ontwikkelen in de rechtspraak, in samenwerking met OM-richtlijnen en in samenwerking met de motiveringsplicht bij afwijkingen ten opzichte van de (voorlopige) bandbreedtes. Ook hier kan de vraag worden opgeworpen of (de strekking van) het door Fokkens verdedigde uitgangspunt – dat straftoemeteringsrecht zich, met inbegrip van de wegingsfactoren, dient te ontwikkelen in het kader van de rechtspraak en niet op basis van afspraken op bestuurlijk niveau van de sectorvoorzitters – ook geldt voor een straftoemeteringssysteematiek voor boetestelsels in het kader van orderingswetgeving.

Op deze vraag zal nader worden ingegaan bij het selecteren van de voor deze straftoemeteringssysteematiek relevante straftoemeteringscriteria uit de hierna te inventariseren strafverhogende en strafverlagende factoren.

2.2.3 Een inventarisatie van strafverhogende en strafverlagende factoren

2.2.3.1 Strafverzwarende factoren

Subjectieve factoren

Zoals al bleek, hebben bepaalde subjectieve factoren een aanzienlijke invloed op de strafwaardigheid van het delict. Van groot belang in dit verband is het verschil in strafwaardigheid tussen doleuze delicten (opzetdelicten) en culpose delicten (vgl. het verschil tussen doodslag, art. 287 Sr, en dood door schuld, art. 307 Sr). Maar ook binnen culpose delicten wordt – wat betreft de strafwaardigheid – tegenwoordig gedifferentieerd tussen 'gewone' onachtzaamheid en 'roekeloosheid' (vgl. art. 307 lid 1 met 307 lid 2 Sr, alsmede art. 175 lid 1 met lid 2 WWV; hierop zal nog nader worden ingegaan).²³

Wat betreft opzetdelicten geldt weliswaar het uitgangspunt dat voor het vaststellen van het opzet niet van belang is of er sprake is van een opwelling, dan wel of de verdachte berekenend te werk is gegaan, maar dat laatste kan wel degelijk strafverhogend werken in die zin, dat 'opzettelijk iemand van het leven beroven' in dat geval kan worden gekwalificeerd als moord (art. 289 Sr), waarmee de maximum gevangenisstraf wordt verdubbeld. Overigens geldt dat laatste niet voor de van toepassing zijnde boetecatego-

23 Zie ook *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 10: "Daarmee wordt beoogd een adequate bestraffing mogelijk te maken in alle gevallen waarin sprake is van zeer onvoorzichtig gedrag waarbij welbewust en met ernstige gevolgen onaanvaardbare risico's worden genomen."

rie. Die is bij elk van de varianten dezelfde. Echter, de bandbreedte binnen de desbetreffende boetecategorie is zo groot, dat de rechter voldoende kan differentiëren conform het verschil in strafwaardigheid die besloten ligt in de verschillende maximum gevangenisstraffen.²⁴

In dit verband kan tevens nog worden gewezen op de zogenoemde ‘culpa in causa’ of, meer algemeen: de *risicoverhogende* factoren (zoals een ernstige overschrijding van de maximum snelheid, of rijden onder invloed) die de subjectieve factoren een extra strafverhogende lading geven (vgl. art. 175 lid 3 WvW).²⁵ Dergelijke risicoverhogende factoren kunnen natuurlijk ook als zodanig als strafverhogende factoren worden gerubriceerd.

Van heel andere orde, maar wel als uitvloeisel van de diverse ‘subjectieve factoren’, is de mate van verwijtbaarheid. Verwijtbaarheid vormt een van de kernvoorwaarden voor strafbaarheid en kan in die zin eveneens worden beschouwd als een van de belangrijkste strafverhogende of strafverlagende factoren. Het normatieve oordeel van de rechter dat de vereiste ‘verwijtbaarheid’ (in al haar varianten) ontbreekt, werkt zelfs strafuitsluitend. Als in dat geval culpa ten laste is gelegd, kan de culpa niet bewezen worden, aangezien bij culpose (gevolgs)delicten de vereiste verwijtbaarheid wordt geacht besloten te liggen in de subjectieve factor ‘schuld’ in de zin van (verwijtbare) aanmerkelijke onvoorzichtigheid.

Voor andere ten laste gelegde en bewezen feiten die als strafbaar feit zijn gekwalificeerd, geldt dat de dader bij het ontbreken van verwijtbaarheid moet worden ontslagen van alle rechtsvervolging. Hij heeft dan weliswaar een strafbaar feit gepleegd, maar door het ontbreken van verwijtbaarheid wordt hij bij nader inzien toch niet strafbaar geacht.

Hoewel het ontbreken van verwijtbaarheid dus een strafuitsluitend effect heeft, en in Nederland voorts niet het uitgangspunt geldt dat de hoogte van de straf dient af te hangen van de mate van schuld in de zin van verwijtbaarheid, mag worden aangenomen dat bij de concrete strafoplegging de mate van verwijtbaarheid wel degelijk een rol zal spelen bij het vaststellen van de strafmaat en -modaliteit. Als iemand bijvoorbeeld verminderd toerekeningsvatbaar wordt geacht, wordt dat meestal tot uitdrukking gebracht in de hoogte van de straf, vooral als de dader daarnaast ook nog wordt veroordeeld tot tbs. En als iemand zich bijvoorbeeld juridisch-technisch net niet kan beroepen op psychische overmacht, zal de rechter bij het opleggen van sancties in het algemeen wel rekening houden met het feit dat de verdachte daar dicht tegen aan zit.

24 Vgl. wat betreft de bandbreedtes binnen bepaalde strafbaarstellingen bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 6-7, over het voorstel om in het Wetboek van Strafrecht het gebruik van alcohol als strafverzwaringsgrond bij geweldsdelicten op te nemen. De regering wees het voorstel van de hand met een verwijzing naar de ruimte die het nieuwe strafmaximum m.b.t. mishandeling daartoe bood: “Met name het feit dat de rechtspraak goed uit de voeten kan met de bestaande mogelijkheden om het gebruik van alcohol in het kader van de strafmaatbepaling mee te laten wegen, weegt hierbij zwaar.”

25 Vgl. *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 11 en 12.

Andersom zal de rechter, als er sprake is van een hoge mate van verwijtbaarheid, dat laatste eveneens verdisconteren in de strafmaat. Wat dat betreft kan worden verwezen naar de factoren die worden besproken in het kader van de rechterlijke normering van het reguleringstelsel (m.n. de rechterlijke oriëntatiepunten straftoemeting).

Aard en de ernst van de gevolgen

Ook de aard en de ernst van de gevolgen van het delict kunnen tot de strafverzwarende factoren worden gerekend, in veel gevallen ongeacht of er een schuldverband bestaat tussen een eventuele ‘subjectieve factor’ en het strafverzwarende gevolg, of niet. Hoewel risicoaansprakelijkheid in beginsel niet thuishoort in ons strafrecht, speelt dit residu van de Oud-Germaanse ‘Erfolgshaftung’ in ons strafrecht nog steeds een belangrijke rol. Het risico dat men met een bepaalde handeling een (al dan niet bedoeld of voorzienbaar) gevolg kan teweegbrengen dat de handeling strafwaardiger maakt, heeft een extra afschrikwekkend effect; vergelijk artikel 300 lid 1 Sr en artikel 300 lid 2 en/of lid 3 Sr (mishandeling ernstig lichamelijk letsel of de dood ten gevolge hebbend): naarmate het gevolg ernstiger is, wordt het delict bedreigd met een hoger strafmaximum. Echter, ook hier verschillen de boetecategorieën niet per variant.

Op dit vlak zijn ook tal van voorbeelden te geven waarbij niet alleen de aard en de ernst van de gevolgen als zodanig, maar ook de aard en de ernst van het gevaar dat in het leven wordt geroepen, zowel een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid vormt als een strafverhogend effect heeft; vergelijk de gemeengevaarlijke delicten of de gevaarzettingsdelicten, zoals brandstichting. Zie voorts artikel 157 onder 1^e, 2^e en 3^e Sr, waarbij de maximum straffen hoger zijn wanneer sprake is van gevaar voor goederen dan wel levensgevaar of gevaar voor lichamelijk letsel is te duchten of zelfs levensgevaar met de dood tot gevolg.

Ook in tal van andere opzichten spelen de aard en de ernst van de gevolgen een belangrijke rol voor de relatieve strafwaardigheid van delicten ten opzichte van andere (grond)delicten. Zo wordt bijvoorbeeld mensenroof (art. 278 Sr: iemand ‘voeren over de grenzen van het Rijk in Europa’) ten opzichte van gewone vrijheidsberoving (van art. 282 Sr) bedreigd met een aanzienlijk hoger strafmaximum. De reden daarvoor is – volgens de minister – het duurzame karakter van de vrijheidsberoving (MvT bij art. 278 Sr), hetgeen als relatief zeer ingrijpend voor het desbetreffende slachtoffer kan worden aangemerkt.²⁶ Dat rechtvaardigt een bedreiging met zwaardere maximum straffen.

Meer algemeen speelt ook de mate van schade of leed van slachtoffers van delicten steeds vaker een rol bij de bepaling van de strafmaat. Wat dat betreft kan worden gewezen op de Memorie van Toelichting bij de Wet Herijking Strafmaxima, pagina 10: “Zoals blijkt uit onder meer de considerans van deze wet is met deze strafmaatverhogingen beoogd het optreden tegen ernstige vormen van roekeloos rijgedrag te bevorderen. In dat verband zijn aan de rechter

²⁶ Zie HR 20 november 2001 (Mensenroof), NJ 2003, 632.

meer mogelijkheden gegeven om bij fataal gevolg of lichamelijk letsel in de strafmaat rekening te houden met het bij familieleden, vrienden en kennissen van het slachtoffer teweeggebrachte leed en met de in de samenleving ontstane onrust.”

De aard van het aangetaste rechtsgoed of rechtsbelang

Strafverzwarende factoren zijn voorts te ontleen aan bepaalde rechtsgoederen of rechtsbelangen waaraan relatief grote betekenis wordt toegekend. Heel in het algemeen kunnen deze rechtsgoederen als volgt schematisch worden ingedeeld.

Tabel 2.1: Rechtsgoederen algemeen strafrecht

Rechtsgoederen algemeen strafrecht			
Collectieve belangen		Individuele belangen	
Democratische rechtsorde	Algemene veiligheid en integriteit	Vrijheid en integriteit van de persoon	Eigendom
Voorbeeld: misdrijven tegen veiligheid staat	Voorbeeld: Brandstichting	Voorbeeld: mishandeling	Voorbeeld: diefstal

Allereerst kan worden gewezen op de misdrijven tegen de veiligheid van de Staat (Titel 1 van Boek 2 Sr). Een aanslag tegen de Koning, bijvoorbeeld om hem van zijn vrijheid te beroven (art. 92 Sr, waar maximaal 30 jaar gevangenisstraf, dan wel levenslang op staat), wordt aanmerkelijk zwaarder gestraft dan ‘gewone’ vrijheidsberoving (art. 282 lid 1 Sr, waar maximaal acht jaar gevangenisstraf op staat). Maar ook hier weer verschillen de bijbehorende boetecategorieën niet.

Verder kan nog worden gewezen op het strafverhogende effect van het ‘terroristisch oogmerk’. Omdat met terroristische misdrijven de veiligheid van de Staat in zijn geheel ernstig wordt aangetast, en de samenleving daardoor ernstig kan worden ontregeld, rechtvaardigt dat volgens de minister relatief strengere straffen. Dat wil zeggen dat wanneer een al dan niet ‘algemeen’ misdrijf wordt gepleegd om de bevolking (of een deel daarvan) ernstige vrees aan te jagen, dan wel de overheid of internationale organisaties te dwingen iets te doen, te dulden of na te laten, dan wel de fundamentele politieke, constitutionele of sociale structuren van het land of internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen (vgl. art. 83a Sr), dan levert dat een flinke strafverzwaring op. Maar ook terrorisme-gerelateerde delicten waarbij niet direct op voorhand sprake is van een terroristisch oogmerk, kunnen zwaarder worden bestraft; vergelijk diefstal om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijker te maken (art. 311 lid 1 onder 6^e Sr).

Aan het rechtsbelang dat wordt beschermd met het bestrijden van terroristische en terrorisme-gerelateerde misdrijven, wordt zoveel gewicht toegekend, dat ook het uitgangspunt dat ons strafrecht als ‘daadstrafrecht’ moet worden getypeerd (Gedanken sind frei) aan een herijking toe lijkt te zijn, althans enige nuancering behoeft. Ook gedragingen of afspraken in de voorfase die tot terroristische misdrijven kunnen leiden, worden strafbaar gesteld. Te denken valt aan allerlei vormen van voorbereiding (art. 96 Sr), zoals samenspanning – die met betrekking tot de meeste ‘commune’ delicten niet tot strafbaarheid leidt, zodat terrorismebestrijding ook in die zin als strafverhogend kan worden aangemerkt – en voorts allerlei voorbereidingshandelingen die grote gelijkenis vertonen met de strafbare voorbereidingshandelingen van artikel 46 Sr en de ‘commune’ deelnemingsvormen. Dat alles wordt ook wel getypeerd als ‘Vorfelddriminalisierung’.

Een ander – wellicht wat minder tot de verbeelding sprekend, maar daarom niet minder illustratief – voorbeeld van rechtsbelangen waaraan een relatief groot gewicht wordt toegekend, is de veiligheid van burgers tijdens hun nachtrust (die, gegeven de inherente kwetsbaarheid van burgers gedurende de nachtrust, een extra inspanningsverplichting van de overheid vereist om de veiligheid van burgers tijdens hun nachtrust te waarborgen). Dat heeft ertoe geleid dat diefstal tijdens de nachtrust in een woning een strafverzwarend effect heeft ten opzichte van gewone diefstal (art. 311 lid 1 onder 3^e Sr). Iets vergelijkbaars geldt voor het belang dat boeren hun vee onbekommerd in de wei moeten kunnen laten grazen. Ook dat vergt een extra inspanning van de overheid om daartoe de nodige waarborgen te bieden. Zo werkt diefstal van vee uit de weide eveneens strafverzwarend (art. 311 lid 1 onder 1^e Sr).

Andere voorbeelden van het (verschuivende) gewicht dat wordt toegekend aan bepaalde rechtsgoederen – als strafverhogende factor – kunnen worden ontleend aan de Memorie van Toelichting bij de Wet Herijking Strafmaxima. Zoals uit de inleiding al bleek, wordt aan de vrije wilsbepaling tegenwoordig meer waarde gehecht dan voorheen steeds het geval is geweest. Dat was de belangrijkste reden om ‘chantage’ als relatief zeer laakbaar te beschouwen en met het oog daarop het strafmaximum van artikel 318 Sr (afdreiging) te verhogen.²⁷

Overigens blijkt in dit verband uit de overwegingen van de wetgever ook dat verschillende strafverhogende en strafverlagende factoren tegen elkaar werden afgewogen. Enerzijds speelt, aldus de minister, het tegenwoordig eveneens belangrijk geachte rechtsgoed dat men een ander moet kunnen vertrouwen ook hier een rol, althans voor zover de dader een geheim is toevertrouwd dat hij vervolgens dreigt te openbaren. Maar anderzijds speelt ook de wijze waarop een aan een ander toebehorend vermogensbestanddeel wordt weggenomen, een belangrijke rol (zie ook hieronder, paragraaf De wijze van uitvoering van het delict). Het verschil met diefstal is dat bij chantage het goed niet wordt weggenomen maar wordt afgegeven. Hoewel de wijze van het wegemen van het vermogensbestanddeel een belangrijk ijkpunt is in de ogen van

27 Zie *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 17.

de wetgever, en het gedwongen afgeven van het goed als minder ingrijpend wordt beschouwd dan het wegnemen van het goed, staat daar tegenover dat een inbreuk op de vrije wilsbepaling tegenwoordig als zeer laakbaar wordt beschouwd. Voor zover hier al kan worden gesproken van een strafverlagende factor, omdat niet wordt weggenomen maar ‘slechts’ wordt gedwongen tot afgeven, moet deze factor volgens de minister worden weggestreept tegen de strafverhogende factor van de inbreuk op de vrije wilsbepaling. Daarmee is er geen reden (meer) voor een lager strafmaximum ten opzichte van het strafmaximum van artikel 310 Sr (diefstal). Om die reden is de maximum gevangenisstraf van artikel 318 Sr verhoogd met een jaar.²⁸

Andere aan de Wet Herijking Strafmaxima te ontleen voorbeelden van verschuivingen in het gewicht dat wordt toegekend aan bepaalde rechtsgoederen, zijn:

- Het grotere gewicht dat wordt toegekend aan de strafrechtelijke bescherming van vergaderingen van parlementaire commissies en de provinciale en gemeentelijke raadcommissies, alsmede van de interactie tussen ministers en staatssecretarissen en parlementsleden tijdens parlementaire vergaderingen. (Met het oog daarop is een nieuw art. 121a Sr toegevoegd aan Titel IV van Boek 2 Sr en is in art. 121 Sr de maximum gevangenisstraf waarmee wordt bedreigd, aangepast. Daarnaast zijn ook de artt. 123, 123a, 124, 124a Sr toegevoegd en/of gewijzigd.)²⁹
- Het grote belang dat tegenwoordig wordt gehecht aan het correct functioneren en de integriteit van het openbaar gezag. (Met het oog daarop moet chantage van een ambtenaar even strafwaardig worden geacht als omkoping van een ambtenaar. Voorts kan het verschil tussen omkoping – het doen van een belofte aan een ambtenaar om deze tot een ambtsverrichting te bewegen – respectievelijk het daartoe dwingen van de ambtenaar door een ‘feitelijkheid’, onder omstandigheden zeer klein zijn. Om dit tussengebied voldoende te kunnen bestrijken, is art. 179 Sr aangepast. Daaronder valt nu ook ‘dwang door enige andere feitelijkheid dan geweld of dreiging met geweld’.)³⁰
- Een ander rechtsbelang waaraan tegenwoordig groot gewicht wordt toegekend, is de beteugeling van relatief onbeheersbare krachten die kunnen vrijkomen door het veroorzaken van brand, vernieling van gebouwen, elektrische installaties, installaties voor telecommunicatie en automatisering, en daarnaast door het veroorzaken van gevaar voor het luchtverkeer of het treinverkeer, scheepvaart, openbaar verkeer op de weg, radioactieve besmetting, milieuverontreiniging en vergiftiging van waterreservoirs. Het is in onze technische en ook overigens complexe samenleving van het grootste belang dat het veroorzaken van gevaar op al die terreinen wordt tegengegaan. (Daartoe worden ook de culpose delicten die zijn opgenomen in

28 Zie *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 16-17.

29 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 18-20.

30 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 21.

Titel VII van Boek 2 Sr, de zgn. gemeengevaarlijke misdrijven, inmiddels bedreigd met hogere strafmaxima, met name als van deze feiten levensgevaar is te duchten, of wanneer zij iemands dood ten gevolge hebben).³¹

- Ten slotte kan nog worden gewezen op het regeringsstandpunt dat ten grondslag lag aan de verhoging van de strafmaxima in verband met culpose gevolgsdelicten, namelijk dat ‘de rechtsbelangen van het leven en van de lichamelijke integriteit gedurende de afgelopen honderd jaar relatief zwaarder zijn gaan wegen’. De minister constateert in dat verband dat een aantal ontwikkelingen in de strafmaxima al gedurende ruim 50 jaar in die richting wijzen. Gelet op de toegenomen intensiteit van het verkeer is het ook niet verwonderlijk dat deze ontwikkeling zich het eerst in die context manifesteert, maar daarnaast ook in delicten inzake radioactieve besmetting, vergiftiging van waterreservoirs en milieuverontreiniging. De conclusie die uit deze ontwikkeling kan worden getrokken is, aldus de minister, dat in de loop van de tijd bij culpose delicten met ernstige gevolgen voor de lichamelijke integriteit of het leven, hogere strafmaxima passend zijn geacht.³² In dit verband zij voorts nog gewezen op het regeringsstandpunt dat culpose delicten met de dood tot gevolg twee keer zo strafwaardig moeten worden geacht als hetzelfde delict met zwaar lichamenlijk letsel tot gevolg.³³ Over de hele linie van culpose delicten heeft dat geleid tot de verdubbeling van de strafmaxima bij fataal gevolg ten opzichte van de strafmaxima bij dezelfde culpose delicten met lichamenlijk letsel.

Het hoeft geen betoog dat er in het strafrecht nog tal van andere voorbeelden zijn aan te wijzen van rechtsbelangen waaraan relatief zoveel (meer) gewicht wordt toegekend dat ze strafverhogend werken.

Kortom: ook de aard en het (verschuivende) belang van het geschonden rechtsgoed kan een rol spelen als strafverhogende factor ten opzichte van een gronddelict, dan wel ten opzichte van het gewicht dat in het verleden werd toegekend aan het rechtsgoed.

De persoon van de dader

Voorts kan de persoon van de dader – in verschillende opzichten – een strafverhogende (of als keerzijde daarvan: een strafverlagende) factor zijn. Zo kan een bepaalde kwaliteit van de verdachte een rol spelen bij (bijvoorbeeld) de strafwaardigheid van het uitoefenen van dwang. Zie artikel 365 Sr: als ambtenaar iemand dwingen iets te doen, te dulden of na te laten door middel van misbruik van gezag, wordt bedreigd met maximaal twee jaar gevangenisstraf en een boete van de vierde categorie. Artikel 284 Sr bedreigt het uitoefenen van dwang in ‘normale’ gevallen met maximaal negen maanden gevangenisstraf en een boete van de derde categorie. Overigens is ook hier van belang

31 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 8.

32 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 8.

33 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 9.

hoe iemand wordt gedwongen, respectievelijk waarmee wordt bedreigd, om iemand tot iets te bewegen. Bedreiging met diefstal of afpersing van splijtstof heeft bijvoorbeeld een strafverhogend effect (art. 284a Sr).

Een andere persoonsgerelateerde strafverhogende of strafverlagende factor is de leeftijd van de verdachte. De maximum straffen in het jeugdstrafrecht zijn algemeen gesproken aanzienlijk lager dan de (delictgebonden) maximum straffen in het volwassenenstrafrecht. In het jeugdrecht gelden algemene maxima. Zie artikel 77i Sr (jeugddetentie voor jeugdigen tot zestien jaar: maximaal twaalf maanden; voor zestien- en zeventien-jarigen: maximaal 24 maanden) en artikel 77l Sr (geldboete maximaal tweede categorie).

Daarnaast speelt een rol of er sprake is van een natuurlijke persoon of een rechtspersoon; vergelijk bijvoorbeeld artikel 23 lid 7 Sr: bij de veroordeling van een rechtspersoon kan een geldboete worden opgelegd van de naast hogere categorie.

Voorts kan meer algemeen nog worden gewezen op de gezagsrelatie tussen dader en slachtoffer als strafverhogende factor (vgl. art. 249 Sr: ontucht met misbruik van gezag).

En ten slotte kan, gezien de relatie tussen de dader en het slachtoffer, ook het vertrouwen dat het slachtoffer in de dader mocht stellen een rol spelen. In dat verband stelt de minister in de Memorie van Toelichting bij de Wet Herijking Strafmaxima: “In de tweede plaats is het vertrouwen dat de benadeelde persoon in de betrokkene heeft mogen stellen, een belangrijk ijkpunt”. De minister verwijst in dat verband naar de verhoging van het strafmaximum voor valsheid in geschrift en de Wet concentratie strafbaarstelling frauduleuze gedragingen.³⁴ Daarnaast zijn met het oog op misbruik van vertrouwen – zo bleek reeds – de strafmaxima met betrekking tot chantage (art. 318 Sr) en de verschillende varianten van oplichting (art. 326, 326a en 326c, lid 1 en 3, Sr) verhoogd.³⁵

De persoon van het slachtoffer

Dat ook de persoon van het slachtoffer een strafverhogend effect kan hebben, blijkt al uit de hiervoor besproken misdrijven tegen de veiligheid van de Staat. Een aanslag tegen de Koning om hem van zijn vrijheid te beroven, levert aanzienlijkwaardere strafmaxima op in vergelijking met gewone vrijheidsbeneming.

Daarnaast kan bijvoorbeeld worden gewezen op artikel 304 Sr: indien de dader zijn moeder, vader, echtgenoot, levensgezel, of kind, dan wel een ambtenaar in diens rechtmatige uitoefening van zijn bediening mishandelt, levert dat een strafverhoging op met een derde ten opzichte van de varianten van mishandeling van andere personen. De reden voor de verhoging van de strafmaxima in deze gevallen is onder meer gelegen in het grotere belang dat tegenwoordig wordt gehecht aan het bestrijden van huiselijk geweld en geweld van functionarissen die handelen in het algemeen belang.³⁶

³⁴ Wet van 20 januari 200, Stb. 40.

³⁵ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 16.

³⁶ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 6.

Opvallend in dit verband is dat kinderdoodslag (een moeder die haar pasgeboren kind doodt uit angst voor ontdekking, artt. 290 en 291 Sr) juist een ‘geprivilegieerd’ delict is; dat wil zeggen dat daarvoor een lager strafmaximum geldt dan het gronddelict van artikel 287, respectievelijk 289 Sr. Aangenomen moet worden dat daarbij andere factoren een doorslaggevende rol spelen. Naar verluidt, stammen deze bepalingen nog uit de tijd dat het geregeld voorkwam dat dienstboden zwanger raakten door toedoen van hun werkgevers. Doordat dat grote consequenties kon hebben voor de slachtoffers (i.p.v. voor hun werkgevers) kwam het geregeld voor dat de desbetreffende vrouwen in paniek of uit angst voor ontdekking hun pasgeboren kind doodden. Overigens maakt de Memorie van Toelichting niet expliciet melding van deze reden voor strafvermindering. In de Memorie van Toelichting bij het onderdeel ‘Kinderdoodslag en Kindermoord’ (de artt. 314-316 Sr (oud)), benadrukt de minister dat “de bijzondere gemoedsbeweging waarin de moeder verkeert” de “regtskundige grond van de lichtere strafbaarheid” vormt.³⁷ Deze strafverminderingsgrond houdt dus in wezen verband met de mate van verwijtbaarheid (zie de subjectieve factoren).

Afgezien daarvan kan in zijn algemeenheid worden vastgesteld dat – wat betreft de persoon van het slachtoffer – een bepaalde familierelatie en het vervullen van de functie van ambtenaar (functionarissen die handelen in het algemeen belang) een rol kunnen spelen bij de strafwaardigheid van de dader. Zoals bleek, was dat ook een van de redenen om het tussengebiet tussen ‘omkoping van ambtenaren’ en ‘chantage van ambtenaren door middel van geweld of dreiging met geweld’ strafrechtelijk onder de reikwijdte van het strafrecht te brengen, door artikel 179 Sr aan te passen. Echter, in dat verband lag de nadruk niet zozeer op de persoon van de verdachte, dan wel op het belang van het correct functioneren en de integriteit van het openbaar gezag.

Ten slotte kan meer algemeen nog worden gewezen op het strafverhogende effect van bijvoorbeeld zedenmisdriven jegens minderjarigen of handelingsonbekwamen en op de keerzijde van hetgeen is opgemerkt bij ‘de persoon van de dader’: in artikel 249 Sr, waarin ontucht jegens een ondergeschikte zwaarder wordt bestraft (ten opzichte van bijvoorbeeld art. 248b Sr), vormt ook de persoon van het slachtoffer (het zijn van ondergeschikte) een strafverzwarende factor.

Terzijde zij nog gewezen op het voornemen om mishandeling van dienstverleners (ook wettelijk) met zwaardere straffen te bedreigen dan mishandeling van ‘gewone’ burgers. In de praktijk is daarin overigens al voorzien; vergelijk de nog te bespreken oriëntatiepunten. Kortom: ook de kwaliteit van de persoon van het slachtoffer kan een belangrijke strafverzwarende factor opleveren.

37 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* (volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, etc.), Haarlem: Tjeenk Willink 1891, deel 2, p. 461.

Het profijt

Het profijt dat het strafbare handelen voor de dader oplevert, kan eveneens een rol spelen bij de strafwaardigheid van het delict. Ter illustratie kan worden gewezen op artikel 6 lid 1 onder 4° Wet op de economische delicten (WED): indien de waarde van de goederen die (kort gezegd) door middel van het economisch delict zijn verkregen, hoger is dan een vierde van de van toepassing zijnde boetecategorie, kan een boete worden opgelegd van een naast hogere categorie. De aard en de mate van het profijt kunnen dus eveneens een strafverhogend effect hebben.

De wijze van uitvoering van een delict

Voorts is de wijze waarop het delict is gepleegd van belang voor de strafwaardigheid daarvan. Indien er bijvoorbeeld geweld aan te pas is gekomen of het delict gepleegd gaat met het veroorzaken van (extra) schade, kan het strafbare feit strafwaardiger worden geacht ten opzichte van het desbetreffende gronddelict (vgl. diefstal met geweld van art. 312 lid 1 Sr, respectievelijk diefstal met braak van art. 311 lid 1 onder 5° Sr, t.o.v. het gronddelict diefstal van art. 310 Sr).

Ook kunnen andere omstandigheden waaronder een delict is gepleegd, een rol spelen, zoals het plegen van het delict door twee of meer verenigde personen. Daar gaat een extra dreiging vanuit, die rechtvaardigt dat het delict ten opzichte van het gronddelict met een zwaardere maximum straf wordt bedreigd; vergelijk artikel 311 lid 1 onder 4° Sr ten opzichte van het gronddelict diefstal van artikel 310 Sr.

Daarnaast kan de wijze van wegnemen als zodanig van invloed zijn op de strafwaardigheid. In de Memorie van Toelichting bij de Wet Herijking Strafmaxima formuleert de minister het zo: “In de eerste plaats is de wijze waarop een aan een ander toebehorend vermogensbestanddeel wordt weggenomen, een belangrijk ijkpunt. Hierin ligt bijvoorbeeld de rechtvaardiging voor de lagere straf die op verduistering wordt gesteld. [...] Maar bij afdreiging speelt ook de hierboven genoemde eerste factor, de wijze waarop een aan een ander toebehorend vermogensbestanddeel wordt weggenomen, een rol. Het verschil met diefstal is dat bij afdreiging het goed niet wordt weggenomen, maar afgegeven”.³⁸

Omgekeerd volgt daaruit dat het wegnemen door middel van diefstal als een strafverzwarende factor kan worden beschouwd ten opzichte van het wegnemen door middel van verduistering of door middel van afdreiging.

Tot slot zij ook in dit verband nog eens gewezen op de diverse risicoverhogende factoren, die – zo werd in de paragraaf Subjectieve factoren gesteld – de subjectieve factoren een extra strafverzwarende lading kunnen geven, maar die ook als zodanig een rol kunnen spelen in het kader van de wijze van uitvoering van het delict als strafverzwarende factor. Daarbij moet worden

38 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 16-17. Overigens bleek dat de waarde die tegenwoordig wordt toegekend aan de vrije wilsbepaling, een strafverhogend tegenwicht vormde voor het (in verhouding tot het ‘wegnemen door diefstal’) strafverlagende effect van het minder ingrijpende ‘dwingen tot afgeven’ (althans in de ogen van de wetgever). Art. 318 lid 1 Sr werd daarom in overeenstemming gebracht met art. 310 Sr.

gedacht aan ernstige overtredingen van de maximum snelheid, of aan rijden onder invloed.

Recidive

Recidive is een strafverzwarende factor die vooral van belang is op het niveau van de concrete strafoplegging, maar die ook op het niveau van de wetgeving een rol kan spelen als strafverhogende factor.

Voor misdrijven geldt het algemene artikel 43a Sr: als tijdens het plegen van een misdrijf nog geen vijf jaren zijn verlopen sedert de veroordeling tot een gevangenisstraf voor een soortgelijk misdrijf, dan wordt de op het misdrijf gestelde maximum gevangenisstraf met een derde verhoogd. In artikel 43b Sr wordt omschreven welke delicten als soortgelijke delicten worden aange-merkt. Zo worden alle misdrijven uit de Opiumwet en de Wet Wapens en Munitie als soortgelijk beschouwd.

Voor overtredingen kan daarnaast nog worden gewezen op artikel 424 Sr (straatschenderij). In lid 2 wordt bepaald dat indien tijdens het plegen van de overtreding nog geen jaar is verlopen sedert een onherroepelijke veroordeling wegens een gelijksoortige overtreding, er een zwaardere straf (zelfs hechtenis in plaats van alleen een boete) kan worden opgelegd. Dat alles geldt ook voor bijvoorbeeld artikel 426 Sr (ordeverstoring in dronkenschap).

Overigens is het strafverhogend effect van recidive in bepaalde gevallen slechts betrekkelijk. Het is zelfs zo dat artikel 63 Sr – met een verwijzing naar de samenloopregeling van de artikelen 55-63 Sr – een ‘kwantumkorting’ biedt bij een veroordeling voor meerdere opeenvolgende strafbare feiten. Als iemand, nadat hij ter zake van een delict is veroordeeld tot een bepaalde straf, schuldig wordt bevonden aan een ander strafbaar feit dat is gepleegd voorafgaand aan deze strafoplegging, dan is – als voor beide delicten gelijktijdig straf wordt opgelegd – de samenloopregeling van toepassing. De samenloopregeling werkt vanwege de kwantumkortingen die bij bepaalde combinaties van een- en meerdaadse samenloop van strafbare feiten wordt geboden, strafverlagend. Dat staat enigszins haaks op artikel 43a Sr (strafverhoging bij recidive). Wel zij er nog op gewezen dat de samenloopregeling met betrekking tot overtredingen geen strafverlagend effect heeft (art. 62 Sr), zodat de verwijzing van artikel 63 Sr naar de samenloopregeling in geval van overtredingen evenmin een strafverlagend effect heeft.

2.2.3.2 Strafverlagende factoren

Proceshouding verdachte

De proceshouding van de verdachte (bijvoorbeeld zijn bereidheid om bij te dragen aan een vlotte afhandeling van de zaak) zal vooral op het niveau van het OM- respectievelijk het rechterlijk beleid een rol spelen. Dat neemt echter niet weg dat de bereidheid tot medewerking ook op wetgevingsniveau in een enkel geval tot strafvermindering kan leiden. Daarbij moet in de eerste plaats worden gedacht aan artikel 44a Sr (deals met criminelen). Als de verdachte bereid is

door een getuigenverklaring een belangrijke bijdrage te leveren aan de opsporing of vervolging van misdrijven, kan de rechter op vordering van het OM (die daarover een afspraak heeft gemaakt met de desbetreffende verdachte) de straf die hij overwoog op te leggen, kort gezegd verminderen.

Er zijn ook voorbeelden van het tegenovergestelde: het niet meewerken van de verdachte aan een opsporingsonderzoek, bijvoorbeeld, kan (om verschillende redenen) een strafverzwaringsgrond opleveren. Zo leidt het niet meewerken aan een alcoholonderzoek tot strafverhoging. De vier strafmaxima in artikel 175 lid 1 en 2 WVV worden in dat geval met de helft verhoogd.³⁹

Draagkracht

Uit onder meer artikel 24 Sr blijkt dat ook de draagkracht een strafverlagende factor is of kan zijn. Artikel 24 Sr bepaalt dat bij de vaststelling van de geldboete rekening wordt gehouden met de draagkracht van de verdachte en de mate waarin dat nodig is met het oog op een passende bestraffing van de verdachte zonder dat deze in zijn inkomen en vermogen onevenredig wordt getroffen.

Ook andere bepalingen kunnen in de sleutel worden gezet van de draagkracht als strafverlagende factor. Zo wordt in het jeugdstrafrecht de maximum boete beperkt tot een algemeen maximum: het maximum van de tweede categorie van artikel 23 lid 4 Sr (art. 77l Sr), een fractie van wat algemeen gesproken als maximum boete kan worden opgelegd op grond van artikel 23 lid 4 Sr. Andersom kunnen – zo bleek – aan rechtspersonen geldboetes worden opgelegd tot ten hoogste het bedrag van de naast hogere categorie van artikel 23 lid 4 Sr. Dat kan in bepaalde gevallen een verdubbeling of zelfs een vertienvoudiging van de boete opleveren die aan een natuurlijke persoon kan worden opgelegd. Ook in dat verband zal de draagkracht een rol hebben gespeeld bij het vaststellen van de maximum boetes voor rechtspersonen, respectievelijk voor natuurlijke personen.

Het ontbreken van verwijtbaarheid

Zoals bij de bespreking van de strafverhogende factoren al bleek, vormt ook het ontbreken van verwijtbaarheid een strafuitsluitende (of strafverminderende) factor. Daarbij zijn allerlei algemene en bijzondere, wettelijke en buitenwettelijke varianten te onderscheiden. Belangrijke algemene (wettelijke) varianten zijn: ontoerekeningsvatbaarheid, psychische overmacht, noodweerexces, het te goeder trouw opvolgen van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel. Bijzondere wettelijke schulduitsluitingsgronden komen nauwelijks meer voor (afgezien van omstandigheden die in feite als vervolgingsuitsluitingsgronden, kwalificatieuitsluitingsgronden, faits d'excuses, etc., moeten worden aangemerkt), of het moet zijn dat bepaalde wettelijke strafverminderingsgronden de strekking hebben van schulduitsluitings- of schuldverminderingsgrond, zoals bij kinderdoodslag en kindermoord het geval lijkt te zijn.

³⁹ Vgl. ook *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 12-13.

Daarnaast spelen nog tal van ongeschreven – in de rechtspraak ontwikkelde – varianten van avas een rol, die inmiddels bijna de status van ‘wettelijke regel’ hebben (in ieder geval in de ogen van het EHRM, gezien de autonome uitleg die het Hof geeft aan het begrip ‘law’; daartoe kan in de ogen van het EHRM ook algemeen toegankelijke jurisprudentie worden gerekend). Te denken valt aan verschoonbare (rechts- en feitelijke) dwaling, de maximaal te vergen zorg, verschoonbare onmacht, et cetera.

Andere strafuitsluitingsgronden

Naast het ontbreken van verwijtbaarheid vormen ook het ontbreken van de wederrechtelijkheid, alsmede de boven genoemde vervolgingsuitsluitingsgronden, kwalificatieuitsluitingsgronden, daderschapsuitsluitingsgronden en faits d’excuses belangrijke strafverminderende of strafuitsluitende factoren. Wat betreft de vervolgingsuitsluitingsgronden kan bijvoorbeeld worden gewezen op het ne bis in idem-beginsel (art. 68 Sr), het una via-beginsel dat in verschillende wetten voorkomt, de schikking (de transactie van art. 74 Sr, zie hierna), de leeftijd van de dader (vgl. art. 486 Sv: kinderen onder twaalf jaar zijn niet vervolgbaar), de kwaliteit van de dader en/of het slachtoffer (vgl. art. 316 Sr: strafvervolgning wegens diefstal tussen echtgenoten is uitgesloten), et cetera. Allemaal factoren die vervolging, en dus bestraffing, uitsluiten.

Kwalificatieuitsluitingsgronden hebben eveneens een strafuitsluitend effect. Vergelijk artikel 137 Sr: verzwijging van bepaalde (nader omschreven) voorgenomen misdrijven is normaal gesproken strafbaar, maar niet als door het melden van deze voorgenomen misdrijven gevaar voor vervolging zou ontstaan voor de persoon in kwestie of diens echtgenoot en/of bepaalde (nader omschreven) verwanten, dan wel voor verschoningsgerechtigden.

De strafuitsluitingsgrond ‘fait d’excuse’ duidt in het algemeen op vergunningen en ontheffingen en dergelijke. Die nemen de strafbaarheid die normaal gesproken met betrekking tot een bepaalde gedraging of een bepaald gevolg geldt, eveneens weg en kunnen eveneens als kwalificatieuitsluitingsgronden worden beschouwd. Hoewel uit de bespreking van een aantal vergunnings- en ontheffingsvoorschriften interessante conclusies zouden kunnen worden getrokken met betrekking tot de factoren die in dit verband in de praktijk als strafuitsluitend worden beschouwd (opleidingseisen, veiligheidswaarborgen, onder- en bovengrenzen, e.d.) voert het hier te ver daar al te diep op in te gaan.

Een andere kwalificatieuitsluitingsgrond is te vinden in artikel 261 Sr. Noch smaad, noch smaadschrift bestaat voor zover de dader heeft gehandeld tot noodzakelijke verdediging of (te goeder trouw) heeft mogen aannemen dat hetgeen hij heeft beweerd, waar is en hij daarmee tevens het algemeen belang heeft gediend. Daaruit blijkt dat aan het algemeen belang in dit verband meer gewicht wordt toegekend dan het particuliere belang van degene die zich beledigd voelt (waarbij natuurlijk wel het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel in acht dient te worden genomen). Het algemeen belang kan (t.o.v. het gronddelict van art. 261 lid 1 Sr) dus een strafuitsluitende grond opleveren. Overigens blijkt uit artikel 261 lid 2 Sr dat ook de wijze van uitvoering van het delict een rol kan spelen bij de straf-

waardigheid daarvan. Indien er sprake is van smaad via de media (smaadschrift), dan wordt het delict bedreigd met een zwaardere maximum straf. Zie bij strafverhogende factoren, meer specifiek subparagraaf De wijze van uitvoering van een delict, onder § 2.2.3.1.

Ook artikel 46b Sr (vrijwillige terugtred bij poging of voorbereiding) kan als een voorbeeld van een kwalificatieuitsluitingsgrond, in dit geval ook wel daderschapsuitsluitingsgrond genoemd, worden gezien. In de Memorie van Toelichting merkt de minister in dit verband op: “Het zekerste middel om het misdrijf in zijn loop te stuiten, is straffeloosheid te verzekeren aan den dader, die uit eigen beweging heeft afgezien van de voortzetting van zijn misdadig plan.”⁴⁰ Daarnaast, zo was de gedachte, heeft het voornemen om het delict te voltooien kennelijk nog niet zodanig postgevat dat het als zo afkeurenswaardig moet worden beschouwd dat een strafrechtelijke sanctie op haar plaats is. De straffeloosheid moet hier dus worden gezien als een ‘incentive’ (aanmoediging) voor de dader om op zijn schreden terug te keren en af te zien van de voltooiing van het misdrijf. Andersom werkt het afzien van de voortzetting en voltooiing van het misdrijf in dit geval dus strafuitsluitend (zie verder bij poging en voorbereiding).

Tot slot nog een enkel woord over de rechtvaardigingsgronden. Ook wat betreft de rechtvaardigingsgronden is er een onderscheid te maken tussen algemene versus bijzondere en wettelijke versus buitenwettelijke rechtvaardigingsgronden.

De algemene wettelijke rechtvaardigingsgronden zijn: overmacht-noodtoestand (art. 40 Sr), noodweer (art. 41 Sr), de uitvoering van een wettelijk voorschrift (art. 42 Sr) en de uitvoering van een bevoegd gegeven ambtelijk bevel (art. 43 Sr). Het betreft in feite allemaal vormen van een belangenafweging, waarbij het algemeen belang wordt afgewogen tegen de belangen van de particuliere burger, of waarbij algemene belangen onderling worden afgewogen. Als de geschonden belangen zwaarder wegen dan het belang dat wordt beschermd door de desbetreffende strafbepaling, levert dat strafuitsluiting op. Wat dat betreft kan worden verwezen naar de strafverhogende factoren van § 2.2.3.1, de aard van het aangetaste rechtsgoed of rechtsbelang.

Een voorbeeld van een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond, of meer algemeen: een buitenwettelijke strafuitsluitingsgrond, is de ‘toestemming’ (vgl. de behandelingsovereenkomst tussen patiënt en behandelend arts, of deelname aan een bokswedstrijd). Overigens is de toestemming niet altijd doorslaggevend voor de vraag of de schending van een rechtsgoed al dan niet strafwaardig moet worden geacht. Bij sommige delicten wordt aan het te beschermen rechtsgoed zoveel gewicht toegekend, dat toestemming de strafbaarheid niet of slechts ten dele uitsluit. Zie bijvoorbeeld artikel 296 lid 3 Sr (abortus met toestemming van de vrouw) waarbij de toestemming weliswaar een strafverlagend effect heeft ten opzichte van lid 1 en 2 van artikel 296 Sr, maar geen

40 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* (volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.), Haarlem: Tjeenk Willink 1891, deel 1, p. 424.

strafuitsluitend effect. Dat geldt ook voor artikel 293 Sr: levensberoving op verzoek. De ‘toestemming’, of zelfs het verzoek, werkt daarbij eveneens aanzienlijk strafverlagend ten opzichte van het gronddelict (een maximum gevangenisstraf van twaalf jaar voor levensberoving op verzoek tegenover een maximum gevangenisstraf van 30 jaar of levenslang voor moord), maar zeker niet geheel strafuitsluitend. Dat is alleen anders als de hulp bij zelfdoding geschiedt door een arts die daarbij voldoet aan bepaalde (wettelijk geregelde) zorgvuldigheidseisen en waarbij tevens mededeling wordt gedaan aan de gemeentelijke lijkschouwer. Deze voorwaarden zijn min of meer te vergelijken met (zij het van een heel andere orde) ontheffings- en vergunningsvoorschriften en kunnen in die zin dan ook worden beschouwd als ‘fait d’excuse’. In dit geval blijken (evenals dat vaak uit vergunningsvoorschriften blijkt) een bepaalde deskundigheid en de kwaliteit van de persoon in kwestie een strafuitsluitend effect te hebben. Dat geldt ook voor het voldoen aan, of het naleven van de zorgvuldigheidseisen of -voorschriften die daarbij in acht moeten worden genomen. Daarbij wordt, zoals in de meeste gevallen waarin de vergunninghouder aan vergunningsvoorschriften is gebonden, ook hier niet automatisch verondersteld dat deze zorgvuldigheidseisen als vanzelfsprekend in acht worden genomen, ongeacht de vereiste deskundigheid en kwaliteit van de ‘vergunninghouder’. Ze zijn ook in dit geval (als extra waarborg) wettelijk voorgestructureerd. Een andere extra waarborg bestaat (zoals meestal) uit een vorm van toezicht die in deze wettelijke strafuitsluitingsgrond besloten ligt in het vereiste om mededeling te doen aan de gemeentelijke lijkschouwer conform de Wet op de lijkbezorging.

Vergelijkbare strafverminderende voorwaarden gelden voor artikel 296 Sr. Uit lid 5 blijkt dat abortus met toestemming van de vrouw niet strafbaar is als het geschiedt door een arts in een ziekenhuis waarin de behandeling volgens de Wet afbreking zwangerschap mag worden verricht.

Een ander voorbeeld van een situatie waarin toestemming geen strafuitsluitingsgrond oplevert, kan worden ontleend aan de overwegingen van de wetgever om het delict ‘tweegevecht’ (art. 154 lid 2 en art. 155 Sr) uit het Wetboek van Strafrecht te schrappen. De minister: “Iedereen weet en behoort te weten dat zware mishandeling en doodslag of moord, alsmede pogingen en voorbereidingshandelingen daartoe, strafbare feiten zijn en dat dat niet anders is indien deze feiten conform een onderlinge afspraak tot het houden van een tweegevecht worden gepleegd. De huidige artikelen 154, tweede lid, en 155 Sr wekken veeleer de onjuiste suggestie dat de wetgever minder zwaar tilt aan mishandelingen en levensberovingen die tijdens een tweegevecht zijn gepleegd. [...] Deze stand van zaken nu is ongewenst.”⁴¹

Kortom: ‘toestemming’ (al dan niet in combinatie met andere voorwaarden) kan een strafuitsluitend of strafverlagend effect hebben, en kan in dat geval dus worden beschouwd als een strafverlagende factor, maar slechts in bepaalde gevallen. Bij feiten met ingrijpende gevolgen zullen an-

41 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 18.

dere factoren al snel de doorslag geven. Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht aan de aard van het te beschermen rechtsgoed en het relatief grote gewicht dat daaraan wordt toegekend. En als uitdrukking daarvan: de randvoorwaarden die moeten zijn vervuld, en de zorgvuldigheidseisen waaraan moet worden voldaan, om bij uitzondering inbreuk te mogen maken op het desbetreffende te beschermen rechtsgoed.

Onvoltooide delicten

Uit de artikelen 45 en 46 Sr (strafbare poging en strafbare voorbereiding) blijkt dat het niet voltooid zijn van delicten een strafverlagend effect heeft. Naarmate de gedragingen in de aanloop naar het delict verder verwijderd zijn van de voltooiing van het delict, is het strafverlagend effect groter. Althans: dat geldt in grote lijnen voor de strafwaardigheid van strafbare poging ten opzichte van de strafwaardigheid van strafbare voorbereiding (bij strafbare poging wordt het strafmaximum, algemeen gesproken, met een derde verminderd – en is poging tot overtredingen en enkele met name genoemde misdrijven zoals mishandeling in het geheel niet strafbaar – terwijl bij strafbare voorbereiding het strafmaximum met de helft wordt verminderd). Binnen strafbare poging respectievelijk strafbare voorbereiding heeft de wetgever wat betreft strafwaardigheid geen verschil willen maken tussen verschillende graden van poging en/of voorbereiding. Zo is er qua strafwaardigheid van poging geen verschil tussen een onvoltooide poging en een voltooide poging (het pistool dat weigert), terwijl de voltooide poging in feite dichter tegen het voltooide delict lijkt aan te leunen.⁴²

Dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen een voltooide poging (*délit manqué*) en een onvoltooide poging (*tentative*) geldt ook voor de vraag of vrijwillige terugtred strafuitsluitend werkt. Vrijwillige terugtred is mogelijk in beide gevallen, dus zolang het delict nog niet is voltooid. Ook wat dat betreft maakt de Memorie van Toelichting – uit meer praktische overwegingen en in verband met de verdeeldheid die daarover bestond tussen rechtsgeleerden – geen verschil.

Nog verder verwijderd van het voltooide delict zijn strafbare samenspanning (art. 96 en. art. 80 Sr: de afspraak om een misdrijf te plegen) en het nieuwe artikel 141a Sr, dat een uitvloeisel is van de nieuwe ‘voetbalwet’.⁴³ In artikel 141a Sr (nieuw) worden bepaalde handelingen strafbaar gesteld die vooraf gaan aan de openlijke geweldpleging in de zin van artikel 141 Sr en aan andere geweldsdelicten (hij die opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaft tot het plegen van geweld tegen personen of goederen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of een geldboete van de vierde categorie). Een vorm van consecutieve medeplichtigheid dus (vgl. art. 48 onder 2° Sr), zij het dat in tegenstelling tot artikel 48 onder 2° Sr het vereiste

42 Zie H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* (volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.), Haarlem: Tjeenk Willink 1891, deel 1, p. 422.

43 Officieel: De Wet Maatregelen Bestrijding Voetbalvandalisme en Ernstige Overlast.

van accessoriteit (het vereiste dat het delict waartoe medewerking is verleend, is voltooid) voor artikel 141a Sr niet geldt.

Even afgezien van de vraag of artikel 141a Sr (nieuw) uitsluitend betrekking heeft op het mogelijk maken van openlijke geweldpleging als bedoeld in artikel 141 Sr, of dat het een ruimere reikwijdte heeft, dan wel: of er wellicht iets voor te zeggen was geweest dit artikel te verbreden tot ook andere delicten dan alleen geweldsdelicten, kan in dit verband uit zowel artikel 96, als uit artikel 141a Sr (nieuw) worden afgeleid dat de mate van verwijderdheid van het voltooide delict een strafverlagend effect heeft. Andersom – zo bleek – kan de aard of het gewicht van het te beschermen rechtsgoed van dien aard zijn, dat ook reeds deze (van het voltooide delict nog ver verwijderde) vormen van intentie-uitingen, afspraken, inlichtingen verschaffen, et cetera, al voldoende strafwaardig worden geacht om ze strafbaar te stellen: de al eerder besproken ‘Vorfelddelictalisierung’. Zo is samenspanning alleen strafbaar als wordt samengespannen tot misdrijven tegen de veiligheid van de staat of tot terroristische misdrijven (art. 96 Sr in combinatie met diverse strafbepalingen waarin art. 96 Sr van toepassing wordt verklaard op bepaalde terroristische misdrijven).

Meer algemeen gesproken, komt het uitgangspunt dat gedragingen in de aanloop naar het delict alleen strafwaardig worden geacht als de aard of de ernst van het te beschermen rechtsgoed dat vereist ook tot uitdrukking in de voorwaarde voor strafbaarheid van voorbereidingshandelingen. Voorbereidingshandelingen zijn op grond van artikel 46 Sr alleen strafbaar als het misdrijven betreft die worden bedreigd met een maximum gevangenisstraf van acht jaren of meer.

Met andere woorden: enerzijds kan een strafverzwarend effect worden ontleend aan de ernst en de aard van het te beschermen rechtsbelang; anderzijds kan in dit verband een strafverlagend effect worden ontleend aan de mate waarin de strafwaardig geachte gedraging in de aanloophase is verwijderd van het voltooide delict.

Het aandeel aan het delict

Bij de vorige strafverlagende factor lag het accent op de mate waarin de strafwaardig geachte gedragingen in de aanloop naar het delict zijn verwijderd van het voltooide delict. Dat zou ook in de sleutel kunnen worden gezet van de mate waarin ieders *aandeel* (als voorwaarde voor het doen slagen van het delict) is verwijderd van het voltooide delict. Die invalshoek kan vervolgens worden verbreed naar het leerstuk van de strafbare deelneming.

Echter, wettelijk gezien blijkt dat de verschillende varianten van strafbare deelneming – op een enkele uitzondering na – geen strafverlagend of strafverhogend effect met zich brengen. Plegers, doen plegers, medeplegers en uitlokken van een en hetzelfde delict zijn – wettelijk gezien – alle even strafbaar. Een uitzondering wordt gemaakt voor medeplichtigen. Bij medeplichtigheid wordt – ten opzichte van het aandeel van alle mogelijke andere (typen) daders – relatief zoveel minder gewicht toegekend aan het

aandeel van de medeplichtige aan het delict, dat het daarvoor geldende strafmaximum met een derde wordt verlaagd. Medeplichtigheid aan overtredingen is zelfs in het geheel niet strafbaar.

In het verslag van de Tweede Kamer met regeringsantwoord bij de bespreking van de deelnemingsvormen wordt het aldus geformuleerd: “Bovendien is het onderscheid niet zo gering als men meent tusschen de *medewerking*, dat wil zeggen de deelneming aan die feiten, welke behoren tot de constitutive elementen van het misdrijf, en *hulp*, dat wil zeggen deelneming aan die feiten, die daartoe niet behooren, maar de volvoering door den dader gemakkelijk maken”.⁴⁴

Herstel van de gevolgen

De rechter kan een straf gedeeltelijk of geheel voorwaardelijk niet ten uitvoer leggen mits de verdachte zich houdt aan bepaalde voorwaarden. Dat impliceert dat voldoening aan deze voorwaarden een zeker strafuitsluitend en/of strafverlagend effect heeft. Om die reden zullen ook deze voorwaarden, opgevat als strafverlagende factoren, de revue passeren. Zo zal kort worden stilgestaan bij de voorwaarden die zien op het herstel van de gevolgen. Daarna zullen de voorwaarden worden behandeld die betrekking hebben op gedragsbeïnvloeding van de verdachte/dader. Maar daaraan voorafgaand wordt eerst nog een enkel woord gewijd aan de algemene voorwaarde van artikel 14c lid 1 Sr en de bijzondere voorwaarde van artikel 14c lid 2 onder 3° Sr.

Artikel 14c lid 1 Sr schrijft voor dat de rechter aan een voorwaardelijke niet tenuitvoerlegging van de opgelegde straf de algemene voorwaarde dient te verbinden dat de dader zich voor het eind van de proeftijd niet schuldig zal maken aan een delict. Daarmee wordt het strafverzwarende effect van recidive (zie § 2.2.3.1), en omgekeerd het strafverlagende effect van de bereidheid om gedurende de proeftijd geen strafbare feiten te plegen, onderstreept.

Verder zij nog gewezen op artikel 14c lid 2 onder 3° Sr, waarin de mogelijkheid wordt geboden een waarborgsom te storten die verbeurd kan worden verklaard (art. 14g lid 4 Sr). De voorwaarde ‘storten van een dwangsom’ wordt alleen gesteld als er gevaar bestaat voor herhaling, zodat ook die bijzondere voorwaarde moet worden gezien als een strafrechtelijke stok achter de deur om de verdachte ervan te weerhouden opnieuw in de fout te gaan of, positief geformuleerd: als een aanmoediging om op het rechte pad te blijven. In die zin heeft dus ook deze aanmoediging een strafverlagend effect.

Naast de algemene voorwaarde van artikel 14c lid 1 Sr en de bijzondere voorwaarden van artikel 14c lid 2 onder 3° Sr, worden in artikel 14c lid 2 Sr nog enkele andere (limitatieve) bijzondere voorwaarden opgesomd.

Artikel 14 lid 2 onder 1° Sr heeft betrekking op de voorwaarde van de gehele of gedeeltelijke vergoeding van de door het delict veroorzaakte schade. Daaruit blijkt dat de bereidheid de schade te vergoeden of te herstellen een

⁴⁴ H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* (volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.), Haarlem: Tjeenk Willink 1891, deel 1, p. 436.

strafverlagend effect kan hebben, ondanks dat de gehoudenheid tot schadevergoeding civielrechtelijk al bestaat en de schadevergoeding civielrechtelijk kan worden afgedwongen. Dit ‘reparatoire’ doel ligt eveneens ten grondslag aan bepaalde andere strafrechtelijke ‘sancties’, zoals bijvoorbeeld de schadevergoedingsmaatregel van artikel 36f Sr. Hoewel die niet expliciet leidt tot strafvermindering, blijkt de rechter er in de praktijk, bij de bepaling van de hoogte van de ‘echte’ strafrechtelijke sanctie die hij daarnaast oplegt, toch rekening mee te houden.

Ook de taakstraf, en meer bijzonder de werkstraf, lijkt deels gefundeerd te zijn op de gedachte dat een sanctie waarmee de veroorzaakte schade wordt hersteld, of waarmee anderszins een nuttige bijdrage aan de samenleving wordt geleverd, in verschillende opzichten meer oplevert dan bijvoorbeeld een vrijheidsstraf. In de eerste plaats is een werkstraf als zodanig al een nuttig alternatief, omdat het een concrete – op geld waardeerbaar – meerwaarde oplevert ten opzichte van een vrijheidsstraf. Zo bezien lijkt dus ook het kostenaspect – in combinatie met andere factoren – een factor te zijn die bepalend kan zijn voor de modaliteit en de hoogte van de straf. In de tweede plaats kan de taakstraf bij de veroordeelde (wellicht meer dan bij een vrijheidsstraf) tot het inzicht leiden dat hij – door zich nuttig te maken – concreet iets terug kan doen voor hetgeen hij heeft aangericht. Alhoewel: het is nog maar de vraag of het – mede gegeven de ervaringen met taakstraffen in de praktijk – zo wel werkt bij elke dader. Hoe het ook zij, ook deze reparatoire (en mogelijk andere) functies van de werkstraf hebben een strafverlagend effect. Dat blijkt alleen al uit het feit dat de regering voornemens is het in de toekomst onmogelijk te maken dat daders van bepaalde typen delicten ‘wegkomen’ met een taakstraf.

In dit verband kan voorts worden gewezen op de voorwaarde in artikel 14c lid 2 onder 4° Sr (storting van een som gelds in het waarborgfonds geweldsmisdrijven). Ook deze voorwaarde lijkt op een ‘reparatoire’ leest te zijn geschoeid. Ook de transactie van artikel 74 Sr kent een aantal voorwaarden met een reparatoir karakter, zoals de voorwaarde onder lid 2 onder e (vergoeding van de door het strafbare feit veroorzaakte schade) en onder f (het verrichten van onbetaalde arbeid), maar ook onder d (afdragen van het wederrechtelijk verkregen voordeel). Daarnaast kent artikel 74 Sr nog enkele andersoortige voorwaarden om vervolging te voorkomen, zoals de betaling van een geldsom (een schikking) die in de praktijk bekend staat als boete, en enkele voorwaarden die betrekking hebben op de verbeurdverklaring van voorwerpen – of de geschatte waarde daarvan – die daarvoor in aanmerking komen.

Ten slotte kent ook de regeling van de OM-afdoening (de ‘strafbeschikking’ die in de plaats komt van de transactie) enkele sancties of aanwijzingen met een sterk reparatoir karakter. Zo wordt in artikel 257a lid 2 Sv onder a de mogelijkheid geboden een taakstraf op te leggen, en onder d: de verplichting tot betaling van een geldsom aan de staat ten behoeve van het slachtoffer. Daarnaast kan nog worden gewezen op de ‘aanwijzingen’ van lid 3, zoals onder c: de afdracht van het wederrechtelijk verkregen voordeel, en onder d: de

storting van een som gelds in het schadefonds geweldsmisdrijven of ten gunste van een instelling voor slachtofferzorg.

Ofschoon het niet meer gaat om strafuitsluitende voorwaarden, omdat ze inmiddels de status hebben van echte strafrechtelijke sancties, hebben ze nog wel het karakter van strafverlagende factoren ten opzichte van de sancties die via het ‘reguliere’ traject kunnen worden opgelegd. Dat laatste geldt overigens niet of nauwelijks voor de andere sancties die op grond van artikel 257a Sr kunnen worden opgelegd. Met dit artikel wordt immers primair beoogd wettelijk vast te leggen dat het OM (in plaats van de rechter) min of meer dezelfde typen straffen mag opleggen als de rechter.

Hoewel dat enigszins buiten het hier beschreven wettelijke reguleringsstelsel valt, tot slot nog een enkel woord over het voorwaardelijke sepot. Het voorwaardelijk sepot zal in het kader van het tweede niveau van de ‘rationaliteit van het reguleringsstelsel’ (beleid) worden besproken. Hier kan alvast worden opgemerkt dat het OM bij de voorwaardelijke sepots gebruik maakt van vergelijkbare voorwaarden als de voorwaarden van artikel 14c Sr (met uitzondering van voorwaarden die een vrijheidsbenemend karakter hebben; dat dient aan de rechter te worden overgelaten).

Gedragbeïnvloeding

Artikel 14c lid 2 onder 2° Sr regelt de voorwaarde dat de veroordeelde zich laat opnemen in een inrichting ter verpleging. Als daaraan wordt voldaan, blijven (echte) strafrechtelijke sancties achterwege. Voorts kan de rechter op grond van artikel 14c lid 2 onder 5° Sr nog andere voorwaarden stellen die het gedrag van de veroordeelde betreffen en dus ook betrekking hebben op gedragsbeïnvloeding van de dader.

Ook elders in de wet zijn (strafverlagende) instrumenten te vinden waarmee wordt beoogd het gedrag van de dader te beïnvloeden en het recidivisico te verminderen. De bereidheid daaraan mee te werken heeft eveneens een strafuitsluitend of -verlagend effect, zij het dat deze alternatieve instrumenten inmiddels eveneens als wettelijke (hoofd)straffen worden aangemerkt. Wat dat betreft kan worden gewezen op de leerstraf. Zoals al bleek, kan de rechter (onder bepaalde voorwaarden) een taakstraf opleggen in plaats van bijvoorbeeld een gevangenisstraf. Een taakstraf kan bestaan uit een werkstraf of een leerstraf. Afhankelijk van het te bereiken doel zal de rechter kiezen voor het ene of het andere alternatief, dan wel voor beide.

In artikel 74 Sr (transactie) zijn geen voorwaarden opgenomen die betrekking hebben op de gedragsbeïnvloeding van verdachten, maar in artikel 257a Sv (de OM-afdoening, die in de plaats komt van de transactie) wel. In die zin is artikel 257a Sv – wat betreft de instrumenten van gedragsbeïnvloeding – het resultaat van een kruisbestuiving tussen artikel 14c Sr, artikel 74 Sr en artikel 22c Sr (taakstraf). Zo biedt artikel 257a lid 2 onder a Sr het OM de mogelijkheid een taakstraf op te leggen, en biedt lid 3 onder e het OM de mogelijkheid aanwijzingen te geven omtrent het gedrag van de veroordeelde.

De mogelijkheden tot gedragsbeïnvloeding spelen een nog prominentere rol in het jeugdstrafrecht. Dat houdt verband met het feit dat een belangrijke rechtvaardiging voor het speciale (van het volwassenenstrafrecht afwijkende) jeugdstraf(proces)recht wordt gezocht in de opvoedingsgedachte en beschermingsgedachte in die zin, dat als de ouders tekort blijken te schieten in de opvoeding van hun kind, de overheid het opvoedingsbelang van het kind dient te behartigen. Het jeugdstrafrecht wordt dan ook in de eerste plaats gezien als een belangrijk pedagogisch instrument met een stevige strafrechtelijke stok achter de deur. Dat neemt niet weg dat daarnaast – gelet op de toenemende jeugdcriminaliteit – de afschrikkingsfunctie, de vergeldingsfunctie en de normbevestigingsfunctie van het jeugdstrafrecht (de overheid moet aan de samenleving een krachtig signaal kunnen afgeven dat ook strafbare feiten van jeugdigen niet worden getolereerd) met zich kunnen brengen dat er snel, actief en effectief strafrechtelijk moet kunnen worden ingegrepen, en soms zelfs hard moet kunnen worden opgetreden, ook al is het jeugdstrafrecht nog zo opgetuigd als opvoedkundig instrument.

Wat betreft het opvoedkundige aspect kan in zijn algemeenheid worden opgemerkt dat tal van vormen van gedragsbeïnvloeding een strafverlagend effect hebben. Dat wil zeggen dat wanneer de dader bereid is zich te onderwerpen aan een gedragsbeïnvloedend programma, of bijvoorbeeld bereid is akkoord te gaan met een ‘opvoedkundige’ taakstraf, hij een ‘echte’ (als zodanig ervaren) strafrechtelijke sanctie kan ontlopen.

Allereerst kan in dit verband (afgezien van de ‘vermaning’ bij strafbare feiten van geringe ernst: een soort politiesepot) worden gewezen op de zogenoemde Halt-afdoening (art. 77e Sr). Die kan worden beschouwd als een voorwaardelijk politiesepot. Het houdt in dat de jeugdige op vrijwillige basis taken of werkzaamheden verricht in relatie tot het delict, of tot algemeen nut, dan wel tot schadeherstel bij de benadeelde (zie ook § 2.2.3.2, Herstel van de gevolgen). Dergelijke taken hebben vooral een opvoedkundig karakter. Als de verdachte de Halt-taken naar tevredenheid vervult, wordt daarmee toezending van het proces-verbaal door de opsporingsambtenaar aan het OM voorkomen. Voorts kan in dit verband worden gewezen op de OM-afdoening. De regeling van de OM-afdoening kent in de context van het jeugdstrafrecht een bijzondere sanctie (art. 77f lid 1 Sr): de ‘aanwijzing’ dat de dader zich richt naar de aanwijzingen van de jeugdhulpverlening (de zgn. maatregel van hulp en steun volgens het zogeheten ‘officiërsmodel’). Daarnaast kan de officier van justitie ook in dit verband een taakstraf opleggen.

Ook in het kader van de voorwaardelijke niet ten uitvoerlegging van een sanctie beschikt (in dit geval) de rechter over enkele opvoedkundige instrumenten. Hij kan aan de voorwaardelijke niet ten uitvoerlegging een aantal bijzondere voorwaarden verbinden die zijn opgenomen in artikel 3 van het Besluit Gedragsbeïnvloeding Jeugdigen (AMvB waarop art. 77z Sr, waarin de voorwaardelijke niet-tenuitvoerlegging is geregeld, doelt).

De rechter kan een ‘gedragsmaatregel’ overigens ook als sanctie (als zodanig opleggen (art. 77wc Sr). De desbetreffende gedragsmaatregelen waaruit de rechter dan kan kiezen, zijn te vinden in hetzelfde Besluit Gedragsbeïnvloeding Jeugdigen, in dat geval in artikel 4. De strafrechtelijke stok achter de deur is in die gevallen de vervangende hechtenis die de rechter daarbij dient vast te stellen en die dreigt als de dader de gedragsmaatregel niet naar behoren vervult. Daarnaast kan de rechter een ‘pedagogische’ werkstraf of leerstraf opleggen (art. 77h lid 2 Sr).

Ten slotte kan de rechter ook aan de voorwaardelijke invrijheidstelling (art. 77j lid 4 Sr) de voorwaarden verbinden die ook bij de voorwaardelijke niet-tenuitvoerlegging kunnen worden gesteld. Dus ook in dat verband kan de rechter de veroordeelde ertoe bewegen zich te onderwerpen aan een van de gedragsmaatregelen die zijn te vinden in het Besluit Gedragsbeïnvloeding Jeugdigen.

Hoewel de schorsing van de voorlopige hechtenis niet kan worden beschouwd als een vorm van strafvermindering of strafuitsluiting, kan nog worden opgemerkt dat er aan de pedagogische grondslag van het jeugdstrafrecht zoveel gewicht wordt toegekend, dat de rechter ook reeds in het kader van de schorsing van de voorlopige hechtenis (het uitgangspunt in het jeugdstrafrecht) kan bevorderen dat de verdachte zich onderwerpt aan bepaalde gedragsmaatregelen. Zoals bijvoorbeeld – in het geval van een stelselmatige dader – een individuele trajectbegeleiding; het volgen van een scholings- en trainingsprogramma; of een van de (andere) maatregelen die te vinden zijn in (in dit geval) artikel 2 van het Besluit Gedragsbeïnvloeding Jeugdigen. De rechter kan de verdachte daartoe bewegen door een of meer van deze alternatieven als voorwaarde te stellen bij de voorwaardelijke schorsing van de voorlopige hechtenis (art. 493 lid 6 Sv).

De conclusie kan zijn dat het strafrecht tal van instrumenten van gedragsbeïnvloeding kent die een strafverlagend effect hebben in die zin, dat de verdachte of veroordeelde die vrijwillig de gedragsbeïnvloeding ondergaat, daarmee zwaardere strafrechtelijke sancties kan voorkomen. Ook het ondergaan van gedragsbeïnvloeding vormt dus een strafverlagende of strafuitsluitende factor.

2.2.3.3 Externe factoren

Vooraf

Naast ‘interne’ factoren die een rol spelen bij de strafbaarheid van delicten, zijn er ook factoren die kunnen worden omschreven als ‘externe’ factoren. Er kunnen verschillende typen externe factoren worden onderscheiden. In het onderstaande zullen enkele van deze typen factoren de revue passeren, echter zonder daar al te diep op in te gaan. De bedoeling is primair te illustreren dat de keuze voor een bepaalde strafmodaliteit en strafmaat niet alleen het resultaat is van een afgewogen keuze of een inhoudelijk oordeel, maar ook kan worden beïnvloed door omstandigheden en randvoorwaarden waarop de wetgever

of beleidsmakers nauwelijks of geen invloed hebben. Deze randvoorwaarden kunnen liggen in de sfeer van de (financiële) middelen en voorzieningen, dan wel in de sfeer van de technische (on)mogelijkheden en beperkingen. Maar bijvoorbeeld ook in verdragsrechtelijke verplichtingen, waardoor de soevereiniteit van de staat, en daarmee de speelruimte van de wetgever en beleidsmakers, flink wordt ingeperkt. Daarnaast liggen in bepaalde systeemgebonden factoren de nodige randvoorwaarden besloten. Zo maakt het nogal verschil of een bepaalde sanctie is ingebed in het ene regelsysteem of in het andere, met alle daaruit voortvloeiende grenzen, voorwaarden, waarborgen, vormen van toezicht en rechtsbescherming, procedureregels, et cetera, van dien. Als een strafwaardig geachte gedraging vanwege organisatorische redenen, of uit het oogpunt van een ernstig handhavingstekort in het straf(proces)recht, wordt ondergebracht in het bestuursrecht, kan dat – als gevolg van verschillende typisch systeemgerelateerde factoren – ook mede van invloed zijn op de modaliteit en de hoogte van de sanctie waarmee deze gedraging zal worden bedreigd (bijvoorbeeld omdat in de context van dat regelsysteem andere strafmaxima of -minima gelden, andere strafuitsluitende en -verlagende factoren een rol spelen, etc.). Bij wijze van illustratie een enkel woord over verschillende van deze externe strafverlagende of strafverhogende factoren.

Verdragen

Het spreekt voor zich dat, sinds de Europeanisering en zelfs globalisering van het strafrecht, verdragen steeds vaker de randvoorwaarden vormen en beperkingen met zich brengen met betrekking tot het eigen beleid van nationale overheden op het gebied van de criminaliteitsbestrijding. Verdragen kunnen de wetgever bijvoorbeeld verplichten bepaalde gedragingen strafbaar te stellen. Verdragen kunnen zelfs verplichtingen bevatten met betrekking tot de hoogte van sancties waarmee deze gedragingen moeten worden bedreigd. Zo droeg het EU-kaderbesluit inzake Terrorismebestrijding de lidstaten (kort gezegd) op bepaalde bestaande of nieuwe delicten als ‘terroristische misdrijven’ strafbaar te stellen en te voorzien in ‘passende’ maximumstraffen, die in overeenstemming zijn met de ernst van de feiten.⁴⁵ Het EU-kaderbesluit beoogde daarmee in Europees verband een lijn te trekken in de bestrijding van terroristische misdrijven.

Andere voorbeelden zijn de EU-Richtlijn die ten grondslag heeft gelegen aan de Arbeidstijdenwet en het Kaderbesluit inzake de bescherming van het milieu door middel van strafrecht (2003/80/JBZ 27-1-2003, Pb L 29). Voorts: de Richtlijn inzake verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties, inclusief strafrechtelijke sancties, voor milieumisdrijven (zie vooral ook de toelichting bij het commissievoorstel voor deze richtlijn: COM 92003, 92 def.).

De beïnvloeding door Europa is soms zeer gedetailleerd, zo blijkt uit de Richtlijn tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasemissie-

45 Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002, inzake terrorismebestrijding, *PbEG* 2002, L 164/3.

rechten (2003/87/EG. Pb L27): “De lidstaten dragen er zorg voor dat een boete wegens overmatige emissie wordt opgelegd. [...] De boete wegens onrechtmatige emissie bedraagt € 100.- voor elke ton”. In het voorstel voor het Kaderbesluit ‘tot versterking van het strafrechtelijke kader voor de bestrijding van verontreiniging vanaf schepen’ was zelfs een bepaling opgenomen die de lidstaten verplichtte tot het opnemen van “al dan niet strafrechtelijke geldboetes” die in de praktijk aanzienlijk konden uitstijgen boven de wettelijke strafmaxima waarmee deze delicten op nationaal niveau werden bedreigd. De boetes konden oplopen tot 20% van de omzet van het voorgaande begrotingsjaar. Om dergelijke hoge boetes te kunnen onderbrengen in nationale wetgeving, moest worden uitgeweken naar het bestuursrecht, omdat de boetecategorieën van artikel 23 Sr daar niet in voorzagen. Dat alles nog afgezien van een ontwikkeling waarbij steeds vaker moet worden overgegaan tot directe strafbaarstelling van voorschriften uit EU-verordeningen.⁴⁶

Verdragen kunnen ook impliciet of indirect invloed hebben op nationale normen- en sanctiestelsels. Zo heeft het Europese kartelrecht bijvoorbeeld model gestaan voor de huidige Mededingingswet.⁴⁷

Afstemming op andere landen

Ook kan politieke druk uit de ons omringende landen een rol spelen bij het bepalen van de strafwaardigheid van bepaalde delicten. Zo hebben bijvoorbeeld internationale afspraken betreffende de bestrijding van drugshandel en drugssmokkel weliswaar (vooralsnog) nauwelijks of geen invloed gehad op de strafmaxima in onze nationale Opiumwet, maar lijken daders van drugsdelicten in de praktijk wel steviger te worden aangepakt dan op grond van het eigen nationale beleid zou mogen worden verwacht. Niet zelden worden daders bijvoorbeeld veroordeeld voor de (strafverzwarende) ‘doleuze variant’ van opiumwet-delicten, terwijl het in veel gevallen uiterst twijfelachtig is of er wel sprake was van opzet (op bijvoorbeeld het aanwezig hebben van drugs, of het smokkelen van drugs). Het is niet ondenkbaar dat de politieke druk uit de ons omringende landen (het ‘gemeenschappelijke’ gevoel dat drugsgebruik en -handel krachtig dient te worden aangepakt) daartoe hebben bijgedragen.

Voorts kan worden vastgesteld dat criminaliteit meer en meer een internationaal karakter krijgt. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de strafmaxima steeds vaker zullen worden afgestemd op de strafmaxima die in de ons omringende landen gelden. Zo stelt de minister in de Memorie van Toelichting bij de Wet Herijking Strafmaxima in de verantwoording van zijn voornemen om de strafmaxima bij culpose delicten te verhogen: “Enige verhoging van deze strafmaxima sluit, tot slot, goed aan bij de situatie in de ons omringende landen. Zo is op het delict dood door schuld in België drie maanden tot twee jaren

46 Zie over deze ontwikkeling voorts: E. Gritter, G. Knigge, N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 165-168.

47 E. Gritter, G. Knigge, N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 166.

gevangenisstraf gesteld, in Frankrijk ten hoogste drie jaren gevangenisstraf en in Duitsland ten hoogste vijf jaren gevangenisstraf.⁷⁴⁸

Systematiek

Wat betreft de systematische consequenties die voortvloeien uit het regelstelsel waarin een bepaalde strafwaardige gedraging is of wordt ondergebracht, kan bij wijze van voorbeeld worden gewezen op de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM). De wetgever heeft er, vanwege de haast die de wetgever wil maken met een krachtdadige handhaving van de WAM – met name het oog op een voortvarende aanpak van onverzekerd rijden – voor gekozen de WAM (tevens) onder te brengen bij de Wet Administratiefrechtelijke Handhaving Verkeersvoorschriften (Wahv). Dat biedt volgens de minister, gelet op de bewezen effectiviteit in de afdoening van grote aantallen verkeersovertredingen via de Wahv, betere garanties voor een effectieve handhaving van de WAM dan via de OM-strafbeschikking. De afdoening via het systeem van de strafbeschikking (dat fasegewijs wordt ingevoerd) is immers nog maar beperkt mogelijk. Dat brengt echter wel met zich dat de systematiek van de strafrechtelijke handhaving van de WAM wordt doorkruist. In het kader van de strafrechtelijke handhaving heeft bijvoorbeeld recidive in de praktijk – zo zal nog blijken – een belangrijk strafmaatverhogend effect. Recidive speelt echter in de handhaving via de Wahv nauwelijks een rol. Ook in andere opzichten wordt met het onderbrengen van de WAM bij de Wahv de systematiek van de strafrechtelijke handhaving doorkruist. Maar aangezien dat op zichzelf geen consequenties heeft voor de strafmaat, zal daar niet nader op worden ingegaan.⁴⁹

Zoals al bleek, is het omgekeerde ook mogelijk. Op grond van EU-kaderbesluiten en -richtlijnen wordt Nederland verplicht in bepaalde gevallen hoge boetes op te leggen waarin in het strafrecht niet is voorzien. De wetgever is dan genoodzaakt aansluiting te zoeken bij een stelsel dat (gezien een aantal relevante systeemgerelateerde kenmerken) in beginsel geen bovengrenzen kent wat betreft geldboetes: het bestuursrecht.

Een ander voorbeeld van een systeem-gerelateerde overweging die een strafverhogend of strafverlagend effect kan hebben, kan ook hier worden ontleend aan de overwegingen in de Memorie van Toelichting bij de Wet Herijking Strafmaxima. In het kader van het verhogen van de strafmaxima waarmee culpose gevolgsdelicten worden bedreigd, constateert de minister dat er een scheefgroei is ontstaan tussen het Wetboek van Strafrecht enerzijds en de Wegenverkeerswet 1994 anderzijds. Een culpoos gevolgsdelict met een fatale afloop kan onder omstandigheden op grond van de WVV een maximale gevangenisstraf van negen jaar opleveren. Buiten verkeerssituaties echter, leidde

48 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 14.

49 Zie voor de overwegingen van de Regering en het commentaar daarop van de Raad van State: *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 438, nr. 3 (MvT) en nr. 4 (Advies van de Raad van State en nader rapport).

eenzelfde soort delict tot een gevangenisstraf van hooguit negen maanden. De Wet Herijking Strafmaxima beoogt deze strafmaxima meer met elkaar in overeenstemming te brengen.

Daarnaast was het streven van de wetgever ook de strafmaxima van de diverse culpose delicten die voorkomen in het Wetboek van Strafrecht (zoals de gemeengevaarlijke culpose misdrijven) meer met elkaar in overeenstemming te brengen. Bij dit streven naar consistentie is de strekking en de ratio van de wet waarmee destijds de hoge straffen in artikel 175 WvW zijn ingevoerd, het leidende principe geweest. Dat wil zeggen: het bevorderen van optreden tegen roekeloos rijgedrag, met name als dat ernstig lichamelijk letsel of de dood tot gevolg kan hebben.⁵⁰

Daarnaast beoogt de wetgever de verhouding tussen de strafmaxima bij culpose delicten met lichamelijk letsel als gevolg, respectievelijk met de dood als gevolg, op uniforme wijze te regelen. Uitgangspunt daarbij is dat culpose delicten met de dood tot gevolg twee keer zo strafwaardig worden geacht als hetzelfde delict met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg. Anders gezegd: over de gehele linie van culpose delicten wordt een verdubbeling van de strafmaxima bij fataal gevolg ingevoerd.⁵¹

Tot de systematische gronden voor strafverhoging kunnen ook worden gerekend de overwegingen dat met strafverhoging bepaalde strafprocesrechtelijke dwangmiddelen binnen handbereik komen. Zo zijn de strafverzwaringsgronden van artikel 304 Sr (een maximum gevangenisstraf van vier jaar in plaats van drie jaar) mede van toepassing verklaard op de dader die leden van zijn gezin mishandelt, om in dat geval tevens in verzekeringstelling en voorlopige hechtenis te kunnen toepassen. Voorts kan de verdachte dan ook buiten heterdaad worden aangehouden. In het licht van de aanpak van huiselijk geweld blijkt daar volgens de minister behoefte aan te bestaan.⁵²

Ten slotte kan in dit verband nog worden gewezen op de criteria die de regering de afgelopen jaren heeft ontwikkeld met betrekking tot de vraag of en in hoeverre strafbare feiten bij voorkeur strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijk kunnen en moeten worden afgedaan⁵³ (en in hoeverre het binnen de bestuursrechtelijke handhaving de voorkeur verdient te werken met het zgn. A-model of met het B-model, d.w.z.: het strafrecht wel of niet als extra vangnet). Afgezien van factoren zoals bijvoorbeeld de aard en de ernst van het delict – die een afschrikkende strafrechtelijke sanctie wenselijk kunnen maken – of de bedreiging met vrijheidsstraffen, die eveneens een openbare behandeling door de strafrechter en dus strafrechtelijke handhaving rechtvaardigen, spelen ook andere factoren een rol. Zoals de noodzaak of wenselijkheid bepaalde ingrijpende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden toe te passen; voorts:

50 Zie *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 7-15.

51 Zie *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 9.

52 *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 484, nr. 3 (MvT bij de Wet herijking strafmaxima), p. 6.

53 Vgl. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 849, nr. 30 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69.

de mate waarin bestuurlijke handhaving specifieke bestuurlijke deskundigheid vereist, de mate waarin een sanctie vooral een reparatoir dan wel een punitief karakter heeft, de mate waarin overtredingen plaatsvinden in een ‘besloten context’ (specifieke rechtsbetrekkingen tussen een openbaar lichaam of een publiekrechtelijk orgaan en bepaalde specifieke categorieën burgers, zoals vergunninghouders, belastingplichtigen, uitkeringsgerechtigden, etc.), dan wel in een ‘open context’ (waarbij geen sprake is van ‘specifieke rechtsbetrekkingen’). Al deze factoren kunnen bepalend zijn voor de vraag bij welk handhavingssysteem de handhaving van wettelijke bepalingen moet worden ondergebracht. Het behoeft geen betoog dat dit ook consequenties kan hebben voor de hoogte en de modaliteit van sancties waarmee de desbetreffende overtredingen worden bedreigd, met name gelet op de systeemgebonden kenmerken van het desbetreffende handhavingssysteem, die ook het daarin besloten liggende sanctiestelsel zullen beheersen.

Kostenaspect

Het zal duidelijk zijn dat ook het kostenaspect een rol van betekenis speelt bij bijvoorbeeld de haalbaarheid van bepaalde sanctiemodaliteiten. Als uit zwaarwegende overwegingen de voorkeur uitgaat naar een bepaalde sanctiemodaliteit, dan zal die modaliteit meer kans maken indien daarmee geen al te zware claim wordt gelegd op de beperkte overheidsfinanciën, dan als dat wel het geval is (vgl. de kostenbesparing door middel van elektronisch huisarrest in plaats van gevangenisstraf; overigens is de proef met elektronisch huisarrest niet voortgezet (zie de volgende paragraaf, over de factor haalbaarheid). Hetzelfde kan gezegd worden indien voor het ten uitvoerleggen van de sanctie een groot beroep moet worden gedaan op het beperkte potentieel aan menskracht, dan als de tenuitvoerlegging nauwelijks menskracht vergt. Dit lijkt zo voor de hand te liggen, dat daarop niet nader zal worden ingegaan.

Haalbaarheid

Het bovenstaande geldt ook voor andere randvoorwaarden, zoals bijvoorbeeld de technische haalbaarheid. Daarbij valt te denken aan elektronisch huisarrest door middel van enkelbanden met een GPS-volgsysteem. Ook al kan de elektronisch huisarrest grote voordelen meebrengen (bijvoorbeeld uit het oogpunt van humane, effectieve en kostenbesparende straffen), als het technisch niet mogelijk is een waterdicht systeem te ontwikkelen, dan zal deze strafmodaliteit vooralsnog niet op brede schaal worden ingezet.⁵⁴

Compensatie voor vormverzuimen

Ten slotte moet nog worden vermeld dat ook sommige strafprocesrechtelijke waarborgen het karakter van een straftoemetingsfactor kunnen hebben. Zo kunnen, op grond van artikel 359a Sv, bepaalde onherstelbare vormverzuimen

⁵⁴ Elektronisch huisarrest was uitgevoerd op proefbasis en nog niet in de wet vastgelegd. De uitvoering van elektronische detentie is gestopt op 1 juli 2010 (Zie verder de website Overheid.nl).

in het strafvorderlijk vooronderzoek tot strafvermindering leiden als een vorm van compensatie voor het nadeel dat de dader daarmee is berokkend, mits het nadeel geschikt is voor compensatie door strafvermindering. Daarnaast kan nog worden gewezen op het in mindering brengen van het eventuele voorarrest op de opgelegde vrijheidsstraf of taakstraf (art. 27 Sr).

2.3 OM-richtlijnen en -aanwijzingen

2.3.1 Inleiding

Voor vergelijkbare delicten moeten, ongeacht plaats of beoordelaar, vergelijkbare straffen worden gevorderd. Strafverlagende dan wel strafverzwarende omstandigheden dienen derhalve op vergelijkbare wijze invloed te hebben op de strafeis en de te kiezen afdoeningsmodaliteit. Daarnaast moet de strafrechtelijke reactie op verschillende delicten onderling in juiste verhouding zijn met de relatieve ernst van deze delicten. Kort gezegd: het strafvorderingsbeleid van het OM dient uniform en eenduidig te zijn.⁵⁵

Teneinde een dergelijk strafvorderingsbeleid te bevorderen, is in het verleden door het OM een aantal richtlijnen uitgevaardigd. Deze richtlijnen boden echter onvoldoende houvast om een landelijk samenhangend strafvorderingsbeleid te realiseren. Wisselende uitgangspunten bij de waardering van vergelijkbare omstandigheden leidden tot een gebrek aan samenhang. Bovendien werden gehanteerde begrippen onvoldoende gedefinieerd, waardoor interpretatieverschillen ontstonden.⁵⁶

De straffoetmingsproblematiek waarmee kennelijk niet alleen het Nederlandse OM maar ook zijn tegenhangers in andere landen worstelden, vormde de directe aanleiding voor de in 1992 verschenen aanbeveling (92) 17 van de Raad van Europa, getiteld ‘Consistency in Sentencing’.⁵⁷ In deze aanbeveling constateert de Raad dat in de lidstaten sprake is van “increasing awareness that unwarranted disparity in sentencing sometimes occurs at different levels”. De Raad riep de lidstaten daarom op “[to] take appropriate measures [...] to avoid unwarranted disparity in sentencing”.

In de aanbeveling komt de Raad, na een aantal algemene uitgangspunten te hebben geformuleerd, tot een aantal concrete technieken die kunnen dienen als houvast bij de uniformering van het strafvorderingsbeleid: de ‘sentencing orientations’ en ‘starting points’. Bij de eerste techniek wordt een aantal oriëntatiepunten opgesteld voor de straffoetmeting bij verschillende gradaties van hetzelfde (type) delict waarbij rekening wordt gehouden met strafverhogende

⁵⁵ ‘Aanwijzing Kader voor Strafvordering (2010A032)’.

⁵⁶ ‘Aanwijzing Kader voor Strafvordering (2010A032)’.

⁵⁷ ‘Consistency in Sentencing: Recommendation to Member States and Explanatory Memorandum’ Vol.4 No. 2 (1993).

dan wel strafverlagende omstandigheden.⁵⁸ De tweede techniek koppelt een delict aan een puntenaantal dat, na weging van strafverzwarende en -verlagende omstandigheden, correspondeert met een bepaalde strafeis.⁵⁹ Het doel van beide technieken is te komen tot een ‘basisstraf’ die onafhankelijk van de persoon van de beoordelaar tot stand komt. Wel blijft de mogelijkheid bestaan om, met explicitering van redenen, van deze ‘basisstraf’ af te wijken.

Het voorgaande is voor het OM reden geweest een samenhangend stelsel van beleidsregels voor straftoemeting te formuleren. Deze, sinds 1999 door het OM gehanteerde, ‘Polaris-richtlijnen’ zien met name op veelvoorkomende criminaliteit en delicten die maatschappelijk gevoelig liggen. Immers, juist bij deze delicten is het gebrek aan uniformiteit in straftoemeting het meest voelbaar.⁶⁰ De samenhang tussen de richtlijnen wordt gewaarborgd door enerzijds de ‘ernst’ van de verschillende delicten ten opzichte van elkaar te positioneren en anderzijds de factoren die een rol spelen bij de beoordeling telkens op eenzelfde wijze te hanteren.

De juridische grondslag van de Polaris-richtlijnen moet gezocht worden in artikel 132 lid 4 Wet op de Rechterlijke Organisatie (Wet RO), op basis waarvan het College van procureurs-generaal beleidsregels dwingend kan opleggen aan de leden van het OM.

De basis van de Polaris-richtlijnen wordt gevormd door een puntensysteem dat sterk doet denken aan de eerder genoemde techniek van ‘starting points’. Deze starting points worden in de Bos-Polaris-systematiek gevormd door de zogenoemde ‘basispunten’ die maatgevend zijn voor de ernst van het feit of het complex van feiten; vervolgens wordt op grond van bepaalde algemene beoordelingsfactoren het aantal basispunten (strafpunten) verhoogd of verlaagd. Met behulp van een bepaalde rekenmethode (waarin ook het afnemend strafnut is verdisconteerd) wordt uiteindelijk het aantal ‘sanctiepunten’ vastgesteld dat bepalend is voor de strafmaat die de richtlijn indiceert. Elk sanctiepunt vormt het equivalent van een bepaald (boete)bedrag.

2.3.2 Systematiek

2.3.2.1 Basisdelicten

De eerste fase is het kwalificeren van een feit als zijnde een van de delicten genoemd in de Polaris-richtlijnen. Elk basisdelict kent een aantal strafpunten (basispunten). Dit puntenaantal vormt het uitgangspunt van de beoordeling. Deze ‘kwalificatiefase’ is van groot belang, onder meer omdat de in de la-

58 “*Sentencing orientations* indicate ranges of sentence for different variations of an offence, according to the presence or absence of various aggravating or mitigating factors, but leave courts with the discretion to depart from the orientations.”

59 “*Starting points* indicate a basic sentence for different variations of an offence, from which the court may move upwards or downwards so as to reflect aggravating and mitigating factors.”

60 ‘Aanwijzing Kader voor Strafvordering (2010A032)’.

tere fasen in acht te nemen ‘beoordelingsfactoren’ die strafverhogend of juist strafverlagend werken niet zelden worden uitgedrukt in een percentage van het aantal basispunten. Indien een feit zich bijvoorbeeld afspeelt tijdens een evenement wordt het aantal punten met 75% verhoogd en als er sprake is van discriminatoire aspecten kan het aantal basispunten zelfs worden verdubbeld. Zoals hiervoor reeds werd opgemerkt, zijn de verschillende basisdelicten ten opzichte van elkaar gepositioneerd op basis van de ernst van het delict. De ‘ernst’ is uiteraard een vaag en bovendien subjectief begrip dat overigens nergens in de Polaris-richtlijnen nader wordt gedefinieerd. Duidelijk is in ieder geval dat er niet voor is gekozen het aantal basispunten te koppelen aan de wettelijke strafmaxima. Zo is het aantal basispunten voor eenvoudige diefstal en verduistering gelijk (zes basispunten), terwijl de maximale gevangenisstraf voor eenvoudige diefstal vier jaren bedraagt (art. 310 Sr) en voor verduistering is gesteld op slechts drie jaren (art. 321 Sr).

De tweede fase in de beoordeling is het bepalen van de beoordelingsfactoren die een rol spelen bij het betreffende basisdelict. De beoordelingsfactoren zijn te verdelen in vijf categorieën te weten ‘basisfactoren’, ‘delictspecifieke factoren’, ‘wettelijke factoren’, ‘recidiveregeling’ en ‘draagkracht’.

2.3.2.2 Beoordelingsfactoren

Basisfactoren

De categorie basisfactoren bestaat uit concreet aanwijsbare omstandigheden die, ongeacht het basisdelict, altijd even sterk verzwarend moeten worden geacht. De invloed van basisfactoren is daarom uitgedrukt in punten en niet in een percentage van het aantal basispunten.⁶¹

Delictspecifieke factoren

De categorie delictspecifieke factoren bevat omstandigheden die met name zien op de relatie tussen verdachte en slachtoffer en de context waarin de strafbare gedraging zich heeft afgespeeld. In tegenstelling tot de basisfactoren, worden de delictspecifieke factoren uitgedrukt in procenten. Op deze wijze wordt bewerkstelligd dat de toename van het aantal punten door het van toepassing verklaren van een delictspecifieke factor altijd evenredig is met de ernst van het delict. Indien meerdere delictspecifieke factoren van toepassing zijn, wordt de procentuele invloed van deze factoren bij elkaar opgeteld waarna de uitkomst wordt toegepast op het tussentotaal van het aantal strafpunten.⁶²

Wettelijke factoren

De derde categorie factoren bevat omstandigheden die in beginsel bij de beoordeling van ieder basisdelict een rol spelen. Net als bij de delictspecifieke

61 Een overzicht van alle in de Polaris-richtlijnen opgenomen basisfactoren is opgenomen in Tabel I: Index Basisfactoren.

62 Een overzicht van alle in de Polaris-richtlijnen opgenomen delictspecifieke factoren is opgenomen in Tabel II: Index Delictspecifieke factoren.

factoren is de invloed van wettelijke factoren uitgedrukt in een procenten. Indien meerdere wettelijke factoren van toepassing zijn, wordt de som van de aan de toepasselijke wettelijke factoren gekoppelde percentages toegepast op het tussentotaal van het aantal strafpunten (basisdelict + basisfactoren + delict-specifieke factoren).⁶³

Recidiveregeling

De recidiveregeling betreft het specifieke strafrechtelijke verleden van de verdachte. Recidive dient bepaald te worden door te tellen hoe vaak in de vijf jaar voorafgaand aan de pleegdatum van het nieuwe feit een soortgelijk delict heeft geleid tot een onherroepelijke veroordeling dan wel tot een betaalde transactie. Het begrip soortgelijk heeft zowel betrekking op de aard van het delict als de omvang ervan.⁶⁴ De invloed van de mate van recidive wordt uitgedrukt in een percentage dat wordt toegepast op het op basis van voornoemde factoren verkregen tussentotaal van het aantal punten. De recidiveregeling bestaat uit een viertal Polaris-richtlijnen.⁶⁵

Draagkracht

De Polaris-richtlijnen bevatten geen objectieve maatstaven voor de mate waarin de draagkracht van een verdachte invloed heeft op het op basis van het door de voorgaande factoren verkregen aantal strafpunten. Wel kan in een specifieke strafzaak in geval dat de verdachte een natuurlijk persoon is, de draagkracht het motief zijn om van de Polaris-richtlijnen af te wijken.⁶⁶

2.3.3 Inventarisatie van strafbeïnvloedende factoren

2.3.3.1 De aard van het aangetaste rechtsgoed of rechtsbelang

In het voorgaande is getracht inzichtelijk te maken welke categorieën factoren in de Polaris-richtlijnen worden onderscheiden en op welke wijze zij het aantal strafpunten en daarmee de te formuleren strafeis beïnvloeden. Zoals in de verschillende tabellen is te zien, vormen deze categorieën echter een vergaarbak van allerhande omstandigheden. Daarom lijkt het, teneinde tot een overzichtelijke inventarisatie van strafbeïnvloedende factoren te komen, raadzaam een andere rubricering te hanteren. Zo ligt het allereerst in de rede te veronderstellen dat het door de overtreden bepaling beschermde rechtsgoed (mede) bepa-

63 Een overzicht van alle in de Polaris-richtlijnen opgenomen delictspecifieke factoren is opgenomen in Tabel III: Index Wettelijke factoren.

64 Zie die richtlijnen 'Mate van recidive (5jaar) 3.04.01', 'Mate van recidive (ernstige delicten) 3.04.02', 'Mate van recidive (5jaar) 3.04.03' en 'Mate van recidive (5jaar) 3.04.04'.

65 De invloed van deze vier richtlijnen op het aantal punten is weergegeven in Tabel IV: Index Recidiverichtlijnen.

66 'Aanwijzing Kader voor Strafvordering (2010A032)'.

lend is voor de, in het aantal basispunten tot uitdrukking gebrachte, ‘ernst’ van het delict.

In zijn algemeenheid kan gesteld worden dat een aantasting van de ‘lichamelijk integriteit’ strafwaardiger wordt geacht dan een aantasting van bijvoorbeeld het rechtsgoed ‘eigendom’. Zo ook in de Polaris-richtlijnen. Het aantal basispunten van het basisdelict ‘verzet met geweld tegen goederen’ is gesteld op zes punten terwijl aan het basisdelict ‘verzet met geweld tegen personen’ tien basispunten zijn toegekend.⁶⁷ Daarnaast kent het basisdelict ‘openlijk geweld tegen goederen’ een basispuntenaantal van tien en is aan het basisdelict ‘openlijk geweld tegen personen’ een basispuntenaantal van twintig gekoppeld.⁶⁸ Opvallend is dat bij verzet met geweld sprake is van een absolute toename van vier punten (relatieve toename met 66,7%), terwijl het puntenaantal bij openlijke geweldpleging wordt verdubbeld van tien naar twintig punten (relatieve toename met 100%). De vraag is hoe deze constatering valt te rijmen met het in de ‘Aanwijzing kader voor strafvordering’ verwoorde uitgangspunt dat de factoren die een rol spelen bij de beoordeling telkens op eenduidige wijze moeten worden gehanteerd.⁶⁹

Illustratief voor de rol die de factor van ‘het aangetaste rechtsgoed’ heeft op de toekenning van het basispuntenaantal zijn de verschillende varianten van het delict inbraak/verbreking. Een inbraak in een bedrijf wordt gewaardeerd met 42 basispunten, voor een woninginbraak geldt een puntenaantal van 60. De verklaring van deze discrepantie is (uiteraard) gelegen in het feit dat bij een woninginbraak, anders dan bij een inbraak in een bedrijf, sprake is van aantasting van de persoonlijke levenssfeer.⁷⁰ Op basis van het voorgaande kan worden aangenomen dat de factor van het door het overtreden basisdelict beschermde rechtsgoed of rechtsbelang invloed heeft op de strafmaat.

2.3.3.2 Kwantiteit

In een groot aantal Polaris-richtlijnen is te zien dat de hoeveelheid, zowel in de zin van aantal, gewicht, waarde, als duur, invloed heeft op het aantal toegekende strafpunten. De omrekening van kwantiteit naar aantal strafpunten geschiedt op verschillende wijzen.

In sommige gevallen is er sprake van een recht evenredig verband. Zo neemt het aantal strafpunten per gestolen (brom)fiets met een vast aantal punten toe en worden per extra helingshandeling twee punten bij het puntentotaal opgeteld.

In andere gevallen wordt gebruikt gemaakt van ‘schalen’ die corresponderen met een bepaalde minimum- en maximumhoeveelheid. Zo wordt in de verschillende richtlijnen die zien op het basisdelict rijden onder invloed een

⁶⁷ ‘Richtlijn verzet bij aanhouding (5.31)’.

⁶⁸ ‘Richtlijn ambtsdwang (5.17)’.

⁶⁹ ‘Aanwijzing Kader voor Strafvordering (2010A032)’.

⁷⁰ ‘Richtlijn inbraak woning 5.12.01’.

schalensysteem gehanteerd waarbij de verschillende schalen corresponderen met een bepaald bloed-alcoholgehalte (promillage). Opvallend is dat er sprake is van een (bij benadering) recht evenredig verband tussen het geconstateerde alcoholgehalte en het aantal strafpunten terwijl uit empirisch onderzoek blijkt dat het ongevalsrisico juist exponentieel toeneemt naarmate het bloed-alcoholgehalte van de bestuurder hoger is.⁷¹ Het aantal strafpunten dat door middel van het schijvensysteem wordt toegekend, staat derhalve niet in verhouding met de mate waarin het door de overtreden bepaling beschermde rechtsgoed (de verkeersveiligheid) in gevaar wordt gebracht.

Ook bij de verschillende opiumdelicten wordt een schalensysteem gehanteerd. Wat opvalt, is dat de invloed van kwantiteit als factor bij het bepalen van de strafmaat bij deze delicten regressief is. Zo kent het schijvensysteem zoals gehanteerd in de richtlijn 'Gewicht aan harddrugs bij invoer/uitvoer' aan het gedeelte tussen 0,5 en 30 gram acht punten per gram toe terwijl de hoeveelheid boven de 5000 gram slechts voor 0,26 punt per gram meetelt. Hetzelfde type model is te zien in de richtlijn 'Aantal hennepplanten bij invoer/uitvoer en professionele handel/teelt'. De eerste schaal (6 tot 200 planten) kent per plant 0,41 punt toe. In de laatste schaal (gedeelte boven de 5000 planten) is de 'waarde' van een plant gedaald tot slechts 0,015 punt. Daarnaast geldt bij voornoemde delicten een zogenaamd 'puntenplafond', ofwel een maximumpuntenaantal. De ratio van het gehanteerde regressieve model is gelegen in het tegengaan van een haast ongelimiteerde, en daarmee kennelijk onredelijke, cumulatie van het aantal strafpunten.

In dit kader kan overigens ook gewezen worden op de verschillende vermogensdelicten waarbij de schijven zien op de economische waarde van de gestolen/verduisterde goederen.⁷² Ook hier is sprake van een regressief model. Om tot het aantal strafpunten te komen, wordt de waarde tussen de € 0 tot en met € 1.200 door 50 punten, de waarde tussen € 1.200 en € 5.000 door 250 punten en de waarde boven de € 5.000 door 500 gedeeld. Verondersteld mag worden dat ook hier het regressieve model gehanteerd wordt om onredelijke cumulatie van het aantal strafpunten tegen te gaan.

Als laatste kwantitatieve factor kan gewezen worden op de lengte van de periode waarin de verdachte strafwaardige activiteiten heeft ontplooid. Zo wordt, indien de verdachte zich geruime tijd, dat wil zeggen langer dan een jaar, heeft schuldig gemaakt aan bezit/verspreiding dan wel het produceren van kinderpornografisch materiaal, het puntenaantal verhoogd met 120 strafpunten.⁷³

71 Het ongevalsrisico bij bestuurders met een bloed-alcoholgehalte van 0,5 promille is bijna anderhalf keer zo hoog vergeleken met nuchtere bestuurders. Bij 1,0 promille is de ongevalskans bijna vier keer zo hoog, en bij 1,5 promille meer dan twintig keer zo hoog. R.D. Blomberg *'Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study'* Stanford: CT Dunlap & Associates, Inc. 2005.

72 Zie de basisfactoren: 'Economische waarde van de (beoogde) goederen die zich in het voertuig bevinden', 'Categorie economische waarde van de (beoogde) goederen' en de 'Economische waarde van de (beoogde) goederen'.

73 Zie de basisfactor 'Periode'.

2.3.3.3 Persoon van de dader

Ook de persoon van de dader kan een factor van belang zijn bij het bepalen van de strafmaat. In de eerste plaats kan gewezen worden op het verschil tussen een natuurlijk persoon en een rechtspersoon. Illustratief zijn de richtlijnen die zien op het basisdelict discriminatie. Zo kent het basisdelict ‘Discriminatie door natuurlijke personen (artt. 137e en 137g Sr)’ een basispuntenaantal van zeven en het basisdelict ‘Discriminatie door rechtspersonen (artt. 137e en 137g Sr)’ een basispuntenaantal van 21. Het basispuntenaantal wordt derhalve met een factor drie verhoogd als de verdachte een rechtspersoon is. Dezelfde factor wordt gehanteerd bij de twee andere varianten van het basisdelict discriminatie.⁷⁴

Ook een bepaalde vertrouwensrelatie die voortvloeit uit een bijzondere verhouding die de verdachte heeft met het slachtoffer kan invloed hebben op de strafmaat.⁷⁵ Zo wordt een verduistering die heeft plaatsgevonden in dienstbetrekking extra strafwaardig geacht, juist gelet op de schending van de bijzondere vertrouwensband zoals die doorgaans bestaat tussen werkgever en werknemer.⁷⁶

Tot slot kan gewezen worden op de ‘Aanwijzing gebruik sepotgronden’.⁷⁷ In deze aanwijzing geldt een aantal, met de persoon van de dader samenhangende, gronden op basis waarvan besloten kan worden tot een beleidssepot. Hierbij kan gedacht worden aan de (jeugdige) leeftijd en/of de gezondheids-toestand van de verdachte en in hoeverre de verdachte ook zelf door het strafbare feit is getroffen, bijvoorbeeld doordat er sprake is van eigen letsel, letsel of dood van dierbaren, financiële schade en disproportioneel zwaar optreden door de justitiële autoriteiten.

2.3.3.4 Persoon van het slachtoffer

De persoon van het slachtoffer vormt een zeer relevante factor bij het bepalen van de hoogte van de strafmaat. Dit blijkt alleen al uit het feit dat de Polaris-richtlijnen een delictspecifieke factor kennen met de titel ‘Slachtoffer kwalificeert de strafmaat’. Deze richtlijn onderscheidt een aantal categorieën slachtoffers.

Allereerst kan gewezen worden op de bijzondere positie die ingenomen wordt door ambtenaren in uitoefening van hun openbare taak. De ambtenaar kan zich minder dan een doorsnee burger onttrekken aan een situatie waarin hij slachtoffer van een misdrijf dreigt te worden. Daarnaast dient

74 Het basisdelict ‘discriminatie door rechtspersonen (artt. 137c en 137d Sr.)’ kent een basispuntenaantal van 30. Indien de verdachte een natuurlijk persoon is, geldt een puntenaantal van tien. Het basisdelict ‘discriminatie door rechtspersonen (137f en 429quater Sr.)’ kent een puntenaantal van vijftien. Indien de verdachte een natuurlijk persoon is, geldt een puntenaantal van vijf.

75 De rubricering van deze omstandigheid onder de factor ‘persoon van de dader’ is enigszins arbitrair. Net zo goed kan worden verdedigd dat deze onder de in de hierna te bespreken categorie ‘persoon van het slachtoffer’ dient te vallen.

76 ‘Basisdelict verduistering 5.28.01’.

77 ‘Aanwijzing gebruik sepotgronden (2009A016)’.

een ambtenaar zijn publieke taak ongestoord te kunnen uitoefenen. Deze bijzondere positie komt tot uitdrukking in het vermeerderen van het aantal strafpunten met maar liefst 200%.

Een zelfde gedachte ligt ten grondslag aan een verhoging van de strafmaat indien het gaat om personen die zich in het kader van hun taakvervulling in de ‘publieke ruimte’ begeven, zoals ambulance- en brandweerpersoneel, advocaten en onderwijzers. Directe aanleiding voor het opnemen van deze bijzondere categorie slachtoffers vormde het ‘Actieprogramma voor de aanpak van agressie en geweld tegen werknemers met publieke taken’.⁷⁸ Het verhogen van de strafmaat bij geweld tegen personen werkzaam in het publieke domein was een van de speerpunten van dit programma.⁷⁹ Inmiddels geldt dat, indien het slachtoffer als persoon werkzaam in de publieke ruimte gekwalificeerd moet worden, het aantal strafpunten wordt verhoogd met 200%.

Een derde categorie wordt gevormd door slachtoffers die zich in een afhankelijke positie bevinden van de dader. Gedacht kan worden aan ouder-kind en docent-leerling relaties. Ook hier geldt dat het slachtoffer zich niet, althans moeilijk kan onttrekken aan een gevaarlijke situatie omdat er vaak sprake is van een voortdurende invloedssfeer van de verdachte. Deze bijzondere positie rechtvaardigt een puntenverhoging van 33%.

De vierde en laatste groep opgenomen in de delictspecifieke factor ‘Slachtoffer kwalificeert de strafmaat’ wordt aangeduid met de term burgermoed. Het gaat bij deze categorie niet zozeer om mensen die zich moeilijk aan gevaarlijke situaties kunnen onttrekken maar juist om personen die zich in een dergelijke situatie begeven om te verhinderen dat een (gewelds)delict gepleegd zou gaan worden. Indien er sprake is van een situatie waarin het slachtoffer verhinderde of probeerde te verhinderen dat een geweldsdelict gepleegd ging worden, geldt een verhoging van 150% van het aantal strafpunten.

Buiten de zojuist besproken delictspecifieke factor is in de Polaris-richtlijnen nog een aantal omstandigheden te vinden die samenhangen met de persoon van het slachtoffer. Indien er sprake is van de delictspecifieke factor ‘willekeurig gekozen slachtoffer’ wordt het puntenaantal met 33% vermeerderd. Ratio van deze factor is dat het gevoel van veiligheid van ‘de burger’ extra wordt geschokt als iemand kennelijk zonder duidelijke aanleiding het slachtoffer wordt van een delict.

Tot slot geldt bij het basisdelict ‘kinderpornografisch materiaal’ dat de leeftijd van het slachtoffer bepalend is voor de hoogte van de strafmaat. Als de afgebeelde slachtoffers twaalf jaar of jonger zijn, wordt het puntentotaal vermeerderd met 240 strafpunten. Indien de leeftijd van de slachtoffers ligt tussen de twaalf en de zestien jaar geldt een verhoging van 120 punten.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 28 684, nr. 100, p. 2.

⁷⁹ ‘Actieprogramma voor de aanpak van agressie en geweld tegen werknemers met publieke taken’, p. 15.

2.3.3.5 Aard en ernst van de gevolgen

Uit verschillende basis- en delictspecifieke factoren blijkt dat de aard en ernst van de gevolgen strafbeïnvloedend kunnen werken.

Ten eerste spelen de aard van het toegebrachte letsel en de omvang van de veroorzaakte materiële schade een rol. Zo wordt bij geweldsdelicten, indien er sprake is van een blauw oog of lichte kneuzingen, het puntenaantal verhoogd met drie. Indien er sprake is van zwaar lichamelijk letsel in de zin van artikel 82 Sr worden 35 punten bij het puntentotaal opgeteld.⁸⁰

Ook bij verkeersdelicten speelt de ernst van de veroorzaakte schade uiteraard een rol. In een speciaal op artikel 8 lid 1 en 2 WVV toegesneden delictspecifieke factor is opgenomen dat, indien er sprake is van (mede)schuld aan een verkeersongeval waarbij meer dan geringe materiële schade en/of andere dan geringe blessures is toegebracht en géén strafvervolgning ex artikel 6 WVV wordt ingesteld, het aantal punten met 50% wordt verhoogd.⁸¹

Ten tweede kan gewezen worden op de strafverzwarende rol van de gevolgen voor het slachtoffer die zijn voortgevloeid uit een valse aangifte. Indien er naar aanleiding van een valse aangifte sprake is geweest van de toepassing van dwangmiddelen, wordt het puntentotaal vermeerderd met elf punten.⁸²

Niet slechts de aard en de ernst van de gevolgen, maar ook de ernst van het gevaar dat in het leven is geroepen, kan een strafverhogend effect hebben. Illustratief is de verhoging met vier punten als een ambtelijk bevel niet wordt opgevolgd indien er sprake van brand, een ongeval en/of een levensbedreigende situatie.⁸³ Daarnaast heeft het in gevaar brengen van de veiligheid van het (vlieg)verkeer een strafverhogende werking.⁸⁴

2.3.3.6 De wijze van uitvoering van het delict

Een zesde relevante factor wordt gevormd door de wijze waarop het delict is uitgevoerd. Gedacht kan worden aan het al dan niet gebruiken van een wapen als dreigmiddel bij een geweldsdelict. De dreigende werking voor het slachtoffer is groter naarmate een ‘zwaarder’ wapen is gebruikt. Dit is terug te zien in de verschillende categorieën van wapens die worden onderscheiden, oplopend van slag- of stootwapens (zeven punten) tot vuurwapens (52 punten).⁸⁵

Een ander voorbeeld vormt de basisfactor ‘georganiseerd en/of propagandistisch optreden’ die relevant is voor het basisdelict discriminatie. Door geor-

⁸⁰ Basisfactor ‘Aard van het letsel’.

⁸¹ Delictspecifieke factor ‘Strafverzwarende omstandigheden i.v.m. WVV94-8’.

⁸² Basisfactor ‘Toepassing dwangmiddelen’.

⁸³ Basisfactor ‘Hinderen bij brand, ongeval en/of levensbedreigende situatie’.

⁸⁴ Delictspecifieke factor ‘Strafverzwarende omstandigheden i.v.m. art. 2.12 dan wel art. 2.11 Wet luchtvaart’.

⁸⁵ Delictspecifieke factor ‘Bijzonder wapen’.

ganiseerd en/of propagandistisch optreden neemt het kwetsende karakter en de dreiging voor het slachtoffer en daarmee de strafwaardigheid toe.⁸⁶

Ten derde kan worden gedacht aan de verschillende deelnemingsvormen. In de Polaris-richtlijnen is wat dit betreft aangesloten bij Titel V van Boek 1 Sr. Een uitzondering vormt de deelnemingsvorm medeplegen.⁸⁷ Deze wordt in de Polaris-richtlijnen extra strafwaardig geacht. De ratio van deze strafverzwarende werking is voor wat betreft geweldsdelicten gelegen in het gegeven dat wanneer er sprake is van meer belagers, het delict een grotere weerslag heeft op het slachtoffer dan in het geval van een dader. Bij andere delicten, zoals fiets(en)diefstal of woninginbraak, is de kans dat het delict tot een succesvol einde wordt gebracht groter, doordat bijvoorbeeld taakverdeling mogelijk is. Ook kunnen meer verdachten meer en omvangrijker goederen wegnemen en/of schade veroorzaken.

2.3.3.7 Omstandigheden waaronder het feit is begaan

Hiervoor is reeds gewezen op het gegeven dat indien de strafwaardige gedraging zich heeft afgespeeld tijdens een evenement het puntentotaal met 75% wordt verhoogd.

Ook de vergelijkbare basisfactor ‘bij oploop, rellen, ongeregelde heden’ is hier relevant. Deze basisfactor heeft betrekking op het niet voldoen aan een ambtelijk bevel in situaties waarbij de openbare orde ernstig is verstoord. Strafverhoging is in dergelijke gevallen geboden omdat er bedreigende en/of gevaarlijke situaties kunnen ontstaan voor zowel de politie als het aanwezige publiek. Wanneer onder dergelijke ernstige omstandigheden bevelen niet worden opgevolgd, is de kans groot dat de situatie verder uit de hand loopt, met alle gevolgen van dien. Een en ander rechtvaardigt een verhoging van het puntenaantal met vier punten.

Een wellicht wat curieuze relevante factor vormt de vraag in hoeverre het slachtoffer de dader heeft getergd of uitgelokt om het strafbare feit te begaan. Curieus, omdat het een van de spaarzame factoren is die strafverlagend werkt. Indien de verdachte het delict (mede) over zich zelf heeft afgeroepen, wordt het aantal strafpunten verminderd met 25%. Dit laatste kan echter nimmer het geval zijn in die gevallen waarin zwaar lichamelijk letsel optreedt. Het letsel is dan van een zodanige omvang dat er geen sprake meer is van een redelijke verhouding met eventueel tergend gedrag. Overigens kan uitlokking door het latere slachtoffer ook reden zijn om de zaak te seponeren.⁸⁸

Als laatste dient de aandacht gevestigd te worden op de in de ‘Aanwijzing gebruik sepotgronden’ opgenomen sepotgrond ‘beperkte kring’. Indien het feit zich in zo’n beperkte kring heeft afgespeeld dat, ook gelet op de geringe ernst

⁸⁶ Basisfactor ‘Georganiseerd of propagandistisch optreden’.

⁸⁷ Delictspecifieke factor ‘Medeplegen’.

⁸⁸ ‘Aanwijzing gebruik sepotgronden (2009A016)’, sepotgrond 71 ‘medeschuld benadeelde’.

van het feit, onvoldoende gemeenschapsbelang aanwezig lijkt om een strafvervolgung te rechtvaardigen, kan besloten worden tot een sepot.⁸⁹

2.3.3.8 Proceshouding verdachte

De proceshouding van de verdachte heeft invloed op de strafmaat in die zin dat in geval van een niet betaalde transactie of als een taakstrafransactie niet of onvolledig is uitgevoerd, na dagvaarding, de formulering van de eis ter terechtzitting 20% hoger dient te zijn dan de aangeboden transactie of, bij een gedeeltelijke uitgevoerde taakstraf, 20% hoger dan het aantal niet uitgevoerde uren.⁹⁰

2.3.3.9 Herstel van de gevolgen

Indien de veroorzaakte schade is vergoed, wordt ‘korting’ verleend op de strafmaat. Deze korting wordt zowel verleend in geval van transactie als op de eis ter terechtzitting. Het aantal strafpunten dat de korting bedraagt, wordt berekend door het bedrag dat de verdachte heeft betaald aan de regeling van de schade te delen door 100. Indien na verrekening voor het betreffende delict korting ‘over’ zou blijven, kan geen overheveling naar andere delicten binnen de strafzaak plaatsvinden. In geval de verdachte financiële inspanningen heeft verricht waarmee de gevolgen van het delict ongedaan zijn gemaakt, worden deze beschouwd als vorm van schadevergoeding en leiden zij op dezelfde wijze tot korting op de strafmaat.⁹¹

Daarnaast biedt de ‘Aanwijzing gebruik sepotgronden’ de mogelijkheid de zaak te seponeren indien het conflict door verzoening of schadevergoeding zodanig is opgelost, dat vervolging geen zin meer heeft.⁹²

2.3.3.10 Afnemend strafnut

In de ‘Aanwijzing kader voor strafvordering’ wordt opgemerkt: “In de praktijk van de beoordeling van strafzaken met andere delicten dan ernstige delicten, milieudelicten en economische delicten wijkt de beoordeling van een complex van delicten in bepaalde situaties af van de som van de beoordelingen van de afzonderlijke delicten. Hiervan is sprake indien een cumulatie van delicten optreedt of indien een combinatie van beoordelingsfactoren een onevenredig hoge sanctie indiceert.”⁹³

Om recht te doen aan de notie van ‘afnemend strafnut’ wordt de strafeis van het totaal aantal strafpunten afgeleid via onderstaand schijvensysteem.

89 ‘Aanwijzing gebruik sepotgronden (2009A016)’, sepotgrond 73 ‘beperkte kring’.

90 ‘Aanwijzing Kader voor Strafvordering (2007A019)’.

91 ‘Aanwijzing Kader voor Strafvordering (2011A020)’.

92 ‘Aanwijzing gebruik sepotgronden (2011A020)’, sepotgrond 70 ‘verhouding tot de benadeelde geregeld’.

93 ‘Aanwijzing Kader voor Strafvordering (2011A020)’.

Hierdoor wordt de gewenste regressieve invloed van een toename van het aantal strafpunten op de te formuleren strafeis bewerkstelligd.

Tabel 2.2: Schijvenstysteem voor strafpunten

Schijf 1	0 t/m 180 strafpunten	100%
Schijf 2	181 t/m 540 strafpunten	50%
Schijf 3	541 en meer strafpunten	25%

Met het totaal aantal strafpunten wordt eerst schijf 1 gevuld. Indien deze schijf gevuld is, wordt met het restant schijf 2 gevuld. Indien ook dan strafpunten overblijven, worden deze ingedeeld in schijf 3. De strafpunten in schijf 1 tellen voor 100% mee voor de berekening van de sanctiepunten; de strafpunten in schijf 2 voor 50%; de strafpunten in schijf 3 voor 25%.

2.3.4 Overige beleidsregels van het College van procureurs-generaal

Naast de Polaris-richtlijnen, die van toepassing zijn op ongeveer 80% van de veel voorkomende criminaliteit, zijn er nog tal van andere aanwijzingen en richtlijnen op velerlei gebied.⁹⁴ Zo zijn er aanwijzingen en richtlijnen op het terrein van:

- Beslag.
- Discriminatie.
- Drugs.
- Economie.
- Executie/afdoening.
- Fraude.
- Georganiseerde misdaad.
- Geweld.
- Informatieverstrekking.
- Internationaal.
- Jeugd.
- Medisch.
- Milieu.
- Militaire zaken.
- Ontneming.
- Openbare orde.
- Opsporing.
- Politie.
- Slachtoffers.

⁹⁴ Zie website Openbaar Ministerie.

- Veiligheid.
- Verkeer en vervoer.
- Vervolging.
- Voorlichting.
- Witwassen.
- Zeden.
- Overige.

Het aantal aanwijzingen en richtlijnen binnen een bepaalde rubriek kan flink oplopen. Zo levert een inventarisatie van de aanwijzingen en richtlijnen op het terrein van verkeer en vervoer bijvoorbeeld het volgende overzicht op:

- Aanwijzing (doen) besturen tijdens ontzegging e.d (art. 9 WWV 1994) (2011A004).
- Aanwijzing Binnenvaart (treedt per 01-07-2011 in werking) (2011A009).
- Aanwijzing Wet wegvervoer goederen (2009A008).
- Aanwijzing administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (2010A006).
- Aanwijzing informatieverstrekking verkeersongevallen (2009A027).
- Aanwijzing invordering bewijzen van bevoegdheid in het kader van de wet luchtvaart (2007A015).
- Aanwijzing inzake de invordering van rijbewijzen (2011A006).
- Aanwijzing maximum constructiesnelheid brom- en snorfietsen (2009A009).
- Aanwijzing meting lichtdoorlatendheid (2009A025).
- Aanwijzing onderzoek rijden onder invloed (2011A005).
- Aanwijzing opsporing en vervolging bij melding van voorvallen in de burgerluchtvaart (2006A015).
- Aanwijzing pre-opsporing, opsporing, vervolging van maritieme strafbare feiten (treedt per 01-07-2011 in werking) (2011A010).
- Aanwijzing rusttijden, vaartijden, bemanningssterkte en stilleggen van schepen (vervalt per 01-07-2011) (2009A014).
- Aanwijzing snelheidsoverschrijdingen en snelheidsbegrenzers (2010A002).
- Aanwijzing varen onder invloed (2010A020).
- Aanwijzing verkeersongevallen (2009A026).
- Aanwijzing verlaten plaats ongeval (art. 7 WWV 1994) (2008A001).
- Aanwijzing vliegen onder invloed (2009 A022).
- Aanwijzing voertuigafmetingen (2010A015).
- Richtlijn voor Strafvordering Wet personenvervoer 2000 (2010R002).
- Richtlijn voor strafvordering Wet vervoer gevaarlijke stoffen ten aanzien van vervoer over de weg (treedt per 01-07-2011 in werking) (2011R007).
- Richtlijn voor strafvordering Wet vervoer gevaarlijke stoffen ten aanzien van vervoer over de weg (vervalt per 01-07-2011) (2009R007).
- Richtlijn voor strafvordering Wet vervoer gevaarlijke stoffen ten aanzien van vervoer over water (vervalt per 01-07-2011) (2010R026).

- Richtlijn voor strafvordering Wet wegvervoer goederen (2009R001).
- Richtlijn voor strafvordering belading van voertuigen (2009R002).
- Richtlijn voor strafvordering binnenvaart (treedt per 01-07-2011 in werking) (2011R006).
- Richtlijn voor strafvordering en feitomschrijvingen luchtvaartwetgeving 2011 (2010R028).
- Richtlijn voor strafvordering tarieflijst waterzaken binnenvaart (vervalt per 01-07-2011) (2010R030).
- Richtlijn voor strafvordering tarieven en feitomschrijvingen voor misdrijven, overtredingen en gedragingen als bedoeld in de Wet administratief-rechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (treedt per 01-07-2011 in werking) (2011R008).
- Richtlijn voor strafvordering tarieven en feitomschrijvingen voor misdrijven, overtredingen en gedragingen als bedoeld in de Wet administratief-rechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (vervalt per 01-07-2011) (2011R001).
- Richtlijn voor strafvordering varen onder invloed (2010R029).
- Richtlijn voor strafvordering verkeersongevallen (2010R032).
- Richtlijn voor strafvordering binnenvaart (verwijderen) (2011R006).

Het betreft kortom tientallen (meer of minder omvangrijke) aanwijzingen en richtlijnen. Het zal duidelijk zijn dat het in het kader van dit onderzoek te ver voert al deze beleidsregels te betrekken bij de inventarisatie van straftoemingsfactoren, temeer daar uit de analyse van deze richtlijnen blijkt dat in deze richtlijnen dezelfde strafverhogende en -verlagende factoren een rol spelen als waaraan in het Polaris-systeem wordt getoetst. Deze factoren zijn hooguit wat specifiekier toegesneden op het desbetreffende terrein.

Overigens wordt er in sommige aanwijzingen ook aandacht besteed aan de vraag in welke gevallen kan worden volstaan met bestuursrechtelijke handhaving – door middel van een bestuurlijke boete – en in welke gevallen dient te worden gekozen voor strafrechtelijke handhaving.⁹⁵ Zie bijvoorbeeld de Richtlijn voor strafvordering sociale zekerheidsfraude (2010R004), en de Richtlijn voor strafvordering Warenwet (2008R004). Bij wijze van illustratie zal, wat betreft deze afbakeningskwestie, wat dieper op deze laatste richtlijn worden ingegaan. Volgens deze richtlijn dient de zaak altijd strafrechtelijk te worden afgedaan als zich een van de volgende gevallen voordoet:

- Als de opzettelijke of roekeloze overtreding een direct gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de mens tot gevolg heeft (art. 32a lid 6 onder a Warenwet).

95 Vgl. de ‘Aanwijzing intellectuele-eigendomsfraude (2005A022)’; factoren die een rol spelen bij de keuze voor strafrechtelijke handhaving: bedreiging van de volksgezondheid of de veiligheid van de samenleving; grootschalige namaak en piraterij, gepleegd in beroep of bedrijf, die de markt verstoren; het bestaan van aanwijzingen van betrokkenheid van criminele organisaties of georganiseerde criminaliteit; recidive.

- Als de op te leggen boete aanmerkelijk wordt overschreden door het met de overtreding behaalde economisch voordeel (art. 32a lid 6 onder b Warenwet).
- Indien strafrechtelijke handhavinginstrumenten (onttrekking aan het verkeer, maatregelen ex art. 28 of 29, WED of bijkomende straffen) gebruikt moeten worden de zaak af te handelen.
- Smartshops en smartdrugs. Voor deze onderdelen van het werkterrein is het beter om altijd voor het strafrecht te kiezen. Gezien de aard en ernst van de strafbare feiten die in deze branche gepleegd worden en de mogelijke achtergrond van de daders is het beter deze zaken in het strafrecht te houden. Veelal vinden opsporingsactiviteiten in deze branche plaats in samenwerking met de politie en is er sprake van gecombineerde processen-verbaal inbeslagname respectievelijk onttrekking aan het verkeer van partijen producten. Het is in een dergelijk geval onwenselijk een gedeelte van de zaak af te doen in het bestuursrecht en een ander gedeelte in het strafrecht.
- Indien er samenloop bestaat met andere strafbare feiten. Bijvoorbeeld: overtredingen van de Warenwet en tegelijkertijd overtredingen van de Regeling vleeskeuring.
- Indien er sprake is van herhaalde recidive en de bestuurlijke boete kennelijk geen of onvoldoende effect heeft. Onder herhaalde recidive wordt hier verstaan: eenzelfde of vergelijkbaar feit wordt binnen een periode van twee jaar voor de derde maal gepleegd. Deze gevallen worden besproken in het selectieoverleg met het OM en er wordt bezien welke strafmodaliteiten de beste aanpak garanderen (dagvaarding, openbaarmaking vonnis, ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel). Hierdoor ontstaat maatwerk bij de strafvervolgning.
- Als de bestuurlijke maatregelen van artikel 54 Handhavingsverordening die bij beschikking door de Voedsel- en Warenautoriteit (VWA) worden opgelegd niet worden nageleefd.

Daarnaast kunnen de volgende criteria worden gebruikt bij de keuze voor het strafrecht:

- Aanpak calamiteiten (in de zin van de calamiteitenprocedure van de VWA).
- Bij persoonlijke schade van slachtoffer(s) of nabestaanden (slachtofferinformatie of -hulp, voeging in het strafproces).
- De wenselijkheid van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.
- Bij een projectmatige aanpak.
- Wenselijkheid van een openbare strafzitting.
- Wenselijkheid van internationale rechtshulp.
- Wenselijkheid van een toets in het kader van artikel 12 Wetboek van Strafvordering.
- Aanpak van feitelijk leidinggevend artikel 51 Wetboek van Strafrecht (vrijheidsstraffen).
- Samenwerking met andere (bijzondere) opsporingsdiensten.

Uit deze afbakeningscriteria kan worden afgeleid of en in hoeverre een delict als te gecompliceerd wordt beschouwd, of anderszins teveel voeten in de aarde heeft, om bestuursrechtelijk te kunnen worden afgedaan. Verderop zal nog nader worden ingegaan op de vraag welke consequenties het complexe karakter van bepaalde strafbare feiten heeft voor straftoemetingsbeleid in de vorm van richtlijnen of oriëntatiepunten.

Ook wordt in verschillende andere specifieke aanwijzingen en richtlijnen (om uiteenlopende redenen) onderscheid gemaakt tussen eenvoudige zaken en complexe/gevoelige zaken. Zo wordt in de ‘Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude (2009A001) op grond van de volgende kenmerken vastgesteld of er sprake is van een complexe/gevoelige zaak:

- Omvang fraudebedrag.
- Misbruik van rechtspersonen.
- Ondoorzichtige eigendomsverhoudingen of bestuurdersrelaties of gebruik van een stroman.
- Georganiseerd verband.
- Andere vermogensdelicten.
- Branchegebonden.
- Persoon van de verdachte(n) (recidivist, publieke functie, voorbeeldfunctie).

Dat heeft zowel consequenties voor de opsporing en vervolging (speciale kennis vereist) als voor de strafmaat en -modaliteit. Als er sprake is van complexe strafbare feiten wordt er, wat dat laatste betreft, vaak teruggesproken op het Polaris-systeem – dat als straftoemetingssystematiek dus kennelijk beter is toegesneden op complexe feiten – en op de algemene factoren op wetgevingsniveau. Met het oog op de probleemstelling van dit onderzoek zal hieronder worden volstaan met een globale schets van de straftoemetingscriteria die in richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot de handhaving van *ordeningswetgeving* (geregeld) terugkeren. Uit de analyse van een aantal van deze specifieke beleidsregels blijkt dat vooral de volgende factoren een strafverhogend/verlagend effect hebben:

- De kwaliteit van de verdachte (normadressaat: vervoerder of bestuurder;⁹⁶ de professionaliteit van de verdachte; de evt. speciale zorgplicht; individuele onderneming of deel uitmakend van een concern; werkgever van een klein, middelgroot of groot bedrijf⁹⁷).
- Recidive.⁹⁸
- Draagkracht (wordt soms wel genoemd, maar heeft praktisch nooit invloed).
- Uitstralingseffect op andere justitiabelen (generale preventie).⁹⁹
- Het belang van het te beschermen rechtsgoed (vgl. voorkomen en beperken van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken of andere vor-

96 ‘Richtlijn voor Strafvordering personenvervoer 2000 (2010R002)’.

97 Vgl. bijv. de ‘Richtlijn voor strafvordering Arbeidsomstandighedenwet 1998 (2010R017)’.

98 In praktisch alle richtlijnen vormt recidive een strafverzwarende factor.

99 ‘Richtlijn voor strafvordering Winkeltijdenwet (2010R013)’.

men van duidelijke gevaarstelling; het voorkomen van letsel en andere ernstige schade aan de gezondheid van een of meer werknemers;¹⁰⁰ het vangen van bedreigde dieren in een kwetsbaar gebied, waarbij dat laatste (kwetsbaar gebied) wordt gezien als een delictspecifieke strafverzwarende factor¹⁰¹).

- De gevolgen van het delict (aard van het letsel: geen, licht, ernstig letsel of de dood ten gevolge hebbend; hoeveelheid inbreukmakende goederen;¹⁰² de omvang van het veroorzaakte nadeel voor de uitkeringsinstantie;¹⁰³ het doden/vangen/bemachtigen van beschermde dieren en planten: minder bedreigde specimina versus. zeer bedreigde specimina;¹⁰⁴ het type afvalstoffen e.d. dat in het milieu is gebracht¹⁰⁵).
- Het economisch voordeel (indien groter dan de maximum op te leggen boete: geldboete van de naast hogere categorie).¹⁰⁶
- Speciale preventie (bijvoorbeeld door het hanteren van een voorlopige maatregel ex art. 28 en 29 WED om aan de overtreding een einde te maken).
- De persoon van het slachtoffer (bijvoorbeeld kinderarbeid waarbij het kind een ongeval overkomt dat voortvloeit uit het verrichten van de arbeid).¹⁰⁷
- De (ook in tal van andere opzichten) ernst van het delict (vgl. de verschillende varianten van vuurwerkovertreden, zowel wat betreft de aard van het delict – vgl. het binnen de grenzen brengen versus het enkel voorhanden hebben van verboden vuurwerk – als de hoeveelheid en het soort vuurwerk waarop het delict betrekking had;¹⁰⁸ zie voorts de uitgebreide straftoemettings-(punten)tabellen m.b.t. het niet of verkeerd registreren van dieren door houders, het niet voldoen aan de voorschriften m.b.t. de huisvesting voor varkens, het vervoeren van dieren, het welzijn van productiedieren, het verstrekken van diervoeders. En voorts met name m.b.t. de preventie van besmettelijke dierziekten;¹⁰⁹ zie ook de ‘Richtlijn voor strafvordering grondstromen (2010R027)’ waarin de ernst en de omvang van de desbetreffende overtreding de belangrijkste strafbepalende factor is).
- De bereidheid tot herstel (vgl. eveneens de ‘Richtlijn voor strafvordering grondstromen (2010R027)’; afwijken van een saneringsplan zonder toestemming van het bevoegd gezag: indien omkeerbaar, herstelplicht als maatregel of als voorwaarde bij een transactie (artt. 36 en 8 WED).

100 ‘Richtlijn voor strafvordering Arbeidsomstandighedenwet 1998 (2010R017)’.

101 ‘Richtlijn voor strafvordering regelgeving ministerie van LNV (2010R015)’.

102 ‘Richtlijn voor strafvordering intellectuele-eigendomsfraude (2010R020)’.

103 ‘Richtlijn voor strafvordering sociale zekerheidsfraude (2010R004)’.

104 ‘Richtlijn voor strafvordering regelgeving ministerie van LNV (2010R015)’.

105 ‘Richtlijn voor strafvordering bestuurlijke transactie milieudelicten (2010R010)’.

106 Vgl. voor de factor economisch gewin als strafverhogende factor bijv. de ‘Richtlijn voor strafvordering grondstromen (2010R027)’.

107 ‘Richtlijn voor strafvordering Arbeidstijdenwet (2010R014)’.

108 ‘Richtlijn voor strafvordering vuurwerkovertreden (2010R016)’.

109 ‘Richtlijn voor strafvordering regelgeving ministerie van LNV (2010R015)’.

Verderop in dit hoofdstuk zal een nader overzicht worden gegeven van (strafverhogende en strafverlagende) factoren die relevant zijn voor boetestelsels in het kader van ordeningswetgeving.

2.4 Oriëntatiepunten straftoemeting en Databank Consistente Straftoemeting

2.4.1 Inleiding

Ook op het niveau van de strafoplegging zijn inmiddels uitgangspunten ontwikkeld die rechters gebruiken als oriëntatiepunten bij de vraag welke strafmaat en -modaliteit in een concreet geval als passend kunnen worden beschouwd.¹¹⁰ Daarnaast is sinds 2002 de zogenoemde Databank Consistente Straftoemeting operationeel. Daarin worden uitspraken (van gerechtshoven) opgenomen waarbij een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van meer dan vier jaar is opgelegd. Dat maakt gevalsvergelijking mogelijk met betrekking tot ernstige strafbare feiten. In die zin kan de Databank worden opgevat als een aanvulling op de oriëntatiepunten, die uitsluitend betrekking hebben op minder ernstige strafbare feiten. Met beide initiatieven wordt beoogd een einde te maken aan moeilijk te verklaren en te verantwoorden verschillen in de straffen die rechters opleggen in vergelijkbare gevallen.

De aanzet tot een consistent landelijk straftoemetingsbeleid door middel van landelijke richtlijnen kwam van de voorzitters van de strafsectoren, die in 1998 het initiatief ontwikkelden de straflijsten die individuele rechtbanken en hoven al gebruikten als oriëntatiepunt bij het bepalen van de straf voor bepaalde typen strafzaken, op elkaar af te stemmen.¹¹¹ Daartoe werd de Commissie Straftoemeting ingesteld. Na een aanloopperiode, waarin aan de hand van een startnotitie van de Commissie een aantal uitgangspunten werd ontwikkeld die op hun beurt waren ontleend aan de straftoemetingspraktijk, heeft het LOVS op basis daarvan eind 1998 een aantal landelijke oriëntatiepunten geformuleerd. Tegenwoordig worden de landelijke oriëntatiepunten ontwikkeld door de zogeheten Commissie Rechtseenheid, een commissie van het LOVS. Het initiatief tot het ontwikkelen van oriëntatiepunten ligt bij het LOVS. Dat geeft

110 Zie uitgebreid onder andere M.J.A. Duker, *Legitieme straftoemeting. Een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

111 Overigens kennen de verschillende rechtbanken en hoven nog steeds hun eigen oriëntatiepunten. Op grond van hun onderzoekje werpen Schoep en Schuyt de vraag op of het wel zo verstandig is dat er naast de landelijke oriëntatiepunten ook nog 'eigen' lokale lijstjes blijven bestaan. Vanuit de doelstellingen van de Commissie Straftoemeting, lijkt dat niet zo voor de hand te liggen, maar het is desondanks niet uit te sluiten dat lokale lijstjes toch nog een nuttige aanvullende functie kunnen vervullen. Zie G.K. Schoep en P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij de straftoemeting; een onderzoek naar de (potentiële) effectiviteit van de Databank Consistente Straftoemeting en de oriëntatiepunten voor de strafvordering*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2005, p. 73.

de Commissie Rechtseenheid opdracht tot het ontwikkelen van het desbetreffende oriëntatiepunt. Die ontwikkelt vervolgens het oriëntatiepunt in samenspraak met de rechtbanken en gerechtshoven (in het algemeen in twee consultatierondes) en legt het resultaat ten slotte ter vaststelling voor aan het LOVS.

Uit een onderzoek van Schoep en Schuyt kan worden afgeleid dat de oriëntatiepunten een succes blijken te zijn. Ze worden in de praktijk veel toegepast. De verklaring voor het succes schuilt volgens de onderzoekers in het feit dat de oriëntatiepunten nauw aansluiten bij de straftoemingspraktijk (alhoewel de onderzoekers daarbij wel kanttekeningen plaatsen) en dat de oriëntatiepunten als een handig hulpmiddel worden ervaren bij de straftoemeting. Doordat het stelsel van oriëntatiepunten aanzienlijk fijnmaziger is dan het wettelijke stelsel met zijn ruime wettelijke bandbreedtes, vormen ze bij het bepalen van de strafmaat een betere indicatie voor de ernst van het feit.¹¹²

De oriëntatiepunten hebben vooral betrekking op de daadcomponenten van het strafbare feit en niet of nauwelijks op de dadercomponenten.¹¹³ Zij kunnen worden beschouwd als richtlijnen voor de strafmaat met betrekking tot enkele veel voorkomende delicten waar normaal gesproken een gevangenisstraf van maximaal vier jaar wordt opgelegd. Het betreft de delicten:

- Openlijke geweldpleging (art. 141 Sr).
- Onwettig verblijf (art. 197 Sr).
- Meineed (art. 207 Sr).
- Bezit vals paspoort (art. 231 lid 2).
- Kinderporno (art. 240b Sr).
- Verkrachting (art. 242 Sr).
- Belediging (art. 266 Sr).
- Bedreiging (art. 285 Sr).
- Mishandeling (artt. 300-304 Sr).
- Recidive (definitie frequente recidive: artt. 310-317 Sr).
- Winkeldiefstal (artt. 310-312 Sr).
- Diefstal van vervoermiddelen (artt. 310-312 Sr).
- Zakkenrollerij, tasjesroof en straatroof (artt. 310-312 Sr).
- Inbraak (artt. 310-312 Sr).
- Veroorzaken verkeersongeval (art. 6 WVV).
- Rijden onder invloed auto's en motoren (art. 8 WVV).
- Idem bromfietsen en dergelijke (art. 8 WVV).
- Idem fietsers en dergelijke (art. 8 WVV).
- Idem beginnend bestuurder (artt. 8/162/163 WVV).
- Weigeren onderzoek artikel 8 lid 2 WVV (artt. 8 lid 2/163 WVV).
- Besturen motorrijtuig tijdens ontzegging van de rijbevoegdheid (art. 9 lid 1 WVV).

112 Zie G.K. Schoep en P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij de straftoemeting: een onderzoek naar de (potentiële) effectiviteit van de Databank Consistente Straftoemeting en de oriëntatiepunten voor de strafvordering*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2005, p. 70-73.

113 A. Schmidt, 'De cirkel is rond: over instrumenten die helpen bij straftoemeting', *Trema straftoemingsbulletin*, nr. 2, 2005, p. 43-47.

- Besturen motorrijtuig in geval van een ongeldig verklaard rijbewijs (art. 9 lid 2 WVV).
- Drugskoeriers (art. 2 onder A Opiumwet).
- Dealen van harddrugs vanuit een pand en/of op straat (art. 2 onder B Opiumwet).
- Hennepkwekerijen (art. 3 onder B Opiumwet).

Daarnaast zijn in het overzicht nog een aantal algemene LOVS-afspraken opgenomen over: aftrek bij voorarrest; vervangende hechtenis bij taakstraffen, geldboetes en de schadevergoedingsmaatregel; afrondingsregels geldboetes; berekening opbrengst hennepteelt; tabel lijfswang; wettelijke rente en schadevergoedingsmaatregelen, tbs, omzetting van jeugddetentie; verstrekking bandopnames van de terechtzitting; (gekozen) raadsman en tweede toevoeging; schadevergoeding bij voorarrest; vergoeding verzoeken artikelen 89, 591 en 591a Sv; vergoeding reistijd en reiskosten raadsman. Overigens zijn rechters niet gebonden aan de oriëntatiepunten. De oriëntatiepunten vormen geen recht in de zin van artikel 79 lid 1 Wet RO.

Een vergelijking met de wettelijke categorieën straftoemetingsfactoren wijst uit dat de factoren die in het kader van de oriëntatiepunten worden beschouwd als strafverhogende en/of -verlagende factoren, in grote lijnen overeenkomen of zelfs samenvallen met een aantal van de besproken categorieën wettelijke straftoemetingsfactoren. Daarnaast zijn er – ondanks dat de oriëntatiepunten een eigen referentiekader vormen voor de rechterlijke macht – parallellen te trekken, en bestaan er zelfs grote overeenkomsten, met de besproken Polaris-richtlijnen van het OM

Een analyse van de rechterlijke oriëntatiepunten levert de volgende categorieën strafverzwarende en strafverlagende factoren op.

2.4.2 De oriëntatiepunten

2.4.2.1 Aard van de gedragingen

Bij praktisch alle oriëntatiepunten vormt de wijze waarop het delict heeft plaatsgevonden een doorslaggevende factor voor de (verfijning van de) straftoemeting. Het gaat daarbij om een breed palet van bijzondere omstandigheden die aan het desbetreffende delict een extra strafwaardige lading geven ten opzichte van andere varianten. Bij wijze van voorbeeld van strafbepalende (t.o.v. andere varianten strafverhogende of strafverlagende) factoren, kan worden gewezen op de strafwaardigheid van de verschillende varianten van artikel 240b Sr (kinderporno), waarin – in lid 2 – overigens ook zelf al een strafverzwarende factor besloten ligt. Het vervaardigen van kinderporno wordt strafwaardiger geacht dan het verspreiden van kinderporno of een beroep of gewoonte maken van kinderporno (twee jaar gevangenisstraf t.o.v. een jaar) en

deze laatste varianten worden weer strafwaardiger geacht dan het enkele bezit daarvan (een jaar t.o.v. zes maanden gevangenisstraf en/of 240 uur werkstraf). Als de dader van het verspreiden, aanbieden, et cetera, respectievelijk van het vervaardigen van kinderporno, zijn beroep maakt, verdubbelt de onvoorwaardelijk op te leggen (variant van de) gevangenisstraf.

Voorts zijn een aantal bijkomende omstandigheden van belang, die voor een deel ook kunnen worden ondergebracht bij andere categorieën strafverhogend en/of -verlagende factoren, zoals: de aard van de gevolgen, recidive, de persoon van het slachtoffer, et cetera. Het betreft de volgende factoren:

- Het aantal afbeeldingen.
- De periode waarin de verzameling is opgebouwd.
- De leeftijd van het slachtoffer.
- De persoon van het slachtoffer (bijvoorbeeld: minderjarig kind van de dader, pupil, aan de zorg, opleiding of waakzaamheid van de dader toevertrouwd, minderjarige bediende of ondergeschikte).
- De toestand van het slachtoffer (staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht, lijdend aan een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis waardoor het niet goed in staat is zijn wil te bepalen of kenbaar te maken of weerstand te bieden).
- Met het feit gepaard gaande foltering en/of ernstige geweldpleging.
- Aard van de afbeelding (zeer vernederende, expliciete pose, ontuchtige handelingen, seksueel binnendringen, geweld).
- Type afbeelding (echt of virtueel).
- Professionaliteit.
- Recidive.
- Gepleegd door twee of meer verenigde personen.
- Herhalingsgevaar.
- Bereidheid tot gedragsverandering, erkenning en inzicht in de problematiek van het gedrag.

Voor een ander voorbeeld zij verwezen naar een ander ernstig delict: het delict van artikel 242 Sr (verkrachting). Het oriëntatiepunt voor verkrachting is (als uitgangspunt) een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van 24 maanden. Factoren die in dat verband medebepalend (dienen te) zijn voor de uiteindelijke strafmaat, zijn:

- De frequentie van de verkrachting.
- De duur van de verkrachting.
- De leeftijd van het slachtoffer.
- De bijzondere kwetsbaarheid van het slachtoffer.
- De bijzondere schadelijke gevolgen voor het slachtoffer (aanzienlijke geestelijk of lichamelijk letsel, ontmaagding, besmettingsrisico, etc.).
- De mate en de ernst van het geweld dat is gebruikt.
- De aard van de gedraging, de aard en de ernst van de inbreuk op de integriteit (een onverhoedse aanval, een verkrachting in de huiselijke kring, tongzoen, etc.).

- Recidive.
- Meerdere daders.
- Een bijzondere bedreigende of vernederende setting (vrijheidsbeneming, bedreigingen, anale penetratie of penetratie met voorwerpen, etc.).
- Misbruik van vertrouwen of misbruik van macht/overwicht.
- De relatiesfeer.
- Eerdere vrijwillige seksuele relatie tussen dader en slachtoffer.
- Het eigen aandeel van het slachtoffer.
- Bijzondere negatieve gevolgen voor de dader.

Verder zij nog gewezen op enkele andere delicten waarbij de aard van de gedragingen een rol speelt bij de (voorgestelde) straftoemeting:

Het veroorzaken van een verkeersongeval (art. 6 WVV), waarbij – wat betreft de strafmaat – verschil wordt gemaakt tussen ‘gewone’ aanmerkelijke verkeersfouten, grove verkeersfouten en wegpiraterij/roekeloos rijden.

Rijden onder invloed (art. 8 WVV), waarbij de aanbevolen strafmaat verschilt naar de mate van de hoeveelheid alcohol die in het bloed wordt gevonden (BAG), in combinatie met het type voertuig dat onder invloed wordt bestuurd, en de persoon van de dader (ervaren of beginnend bestuurder).

Het gebruik van geweld na betrapting van diefstal (artt. 310-312 Sr): afhankelijk van het soort geweld dat eventueel wordt gebruikt na betrapting van diefstal, wordt de diefstal de dader zwaarder aangerekend en dreigt een zwaardere straf. Ook in andere opzichten speelt de aard van de gedragingen bij diefstal een belangrijke rol bij het vaststellen van de strafwaardigheid. Zo maakt het voor de voorgestelde strafmaat nogal wat uit of er sprake is van eenvoudige zakkenrollerij, tasjesroof of straatroof met geweld. Daarnaast wordt gekeken naar andere factoren, zoals: een eventueel samenwerkingsverband; de professionele werkwijze; kwetsbare situaties (bijvoorbeeld insluipen in een ziekenhuis of bejaardencentrum; het soort wapen of voorwerp waarmee wordt bedreigd, etc.).

En ten slotte geldt ook voor het delict van art. 300-302 Sr (mishandeling en zware mishandeling) dat, naast de ernst van de gevolgen, ook de intensiteit van de mishandeling een strafverhogend effect kan hebben. Naarmate het toegepaste geweld intensiever is, zal dat voor de rechter aanleiding kunnen zijn een zwaardere straf op te leggen.

2.4.2.2 Persoon van het slachtoffer

Wat betreft de persoon van het slachtoffer als strafverhogende en/of -verlagende factor kan bijvoorbeeld worden gewezen op het delict van artikel 141 Sr (openlijke geweldpleging). Bij openlijke geweldpleging tegen gekwalificeerde slachtoffers, zoals gekwalificeerde hulpverleners (brandweerlieden, ambulancepersoneel, artsen, verpleegkundigen, e.d.) en tegen politie, boa's en toezichthouders tijdens hun rechtmatige uitoefening van hun bediening, kunnen de in het oriëntatiepunt genoemde strafmaten met 33-100% worden verhoogd.

Dat alles geldt ook voor andere delicten, zoals het delict van artikel 266 Sr (belediging), artikel 285 Sr (bedreiging) en de artikelen 300, 302 en 304 Sr (eenvoudige of zware mishandeling). Zie voorts de factoren die zijn opgesomd in de hiervoorafgaande subparagraaf, en die deels ook betrekking hebben op de persoon van het slachtoffer (vgl.: bijzonder kwetsbare slachtoffers; afhankelijk slachtoffers; de leeftijd van de slachtoffers).

2.4.2.3 Persoon van de dader

Ook de persoon van de dader kan een strafverhogend en /of -verlagend effect hebben. Zo wordt bijvoorbeeld bij opiumdelicten onderscheid gemaakt tussen:

- De zogenoemde ‘pakezels’: daders die op zichzelf niet als crimineel kunnen worden aangemerkt, maar als gevolg van bepaalde bijzondere omstandigheden tot het smokkelen van drugs worden verleid (zoals armoede, overwicht van een organisatie, misbruik van jeugd, ouderdom of naïviteit van de betrokkene, het ontbreken van financiële middelen voor een operatie van een familielid, de zorg voor kinderen, etc.).
- Standaard drugscriminelen (geen ernstige financiële problemen; eigen initiatief van de dader, etc.).

Ook met betrekking tot het delict van artikel 8 WVV (rijden onder invloed) wordt onderscheid gemaakt tussen categorieën overtreeders, in dat geval tussen ‘rijden onder invloed in geval van motorrijtuigen met beginnende bestuurders’ versus ‘rijden onder invloed in geval van motorrijtuigen met ervaren bestuurders’. Beginnende bestuurders zijn al bij een veel lager percentage alcohol in het bloed strafbaar dan overige bestuurders. Daarnaast is op bestuurders van autobussen en vrachtauto’s (als strafverzwarende factor versus de bestuurders van personenwagens en motoren) de naast hogere schaal van de sanctietabel van toepassing.

2.4.2.4 Gevolgen van het delict

Uit onder andere het oriëntatiepunt met betrekking tot het delict van artikel 141 Sr (openlijke geweldpleging) blijkt dat ook de ernst van de gevolgen als een strafverhogende factor wordt aangemerkt: hoe ernstiger de gevolgen, hoe hoger de in het oriëntatiepunt voorgestelde straf. Openlijke geweldpleging met zwaar lichamelijk letsel levert een verdubbeling van de aanbevolen straf op ten opzichte van openlijke geweldpleging met enig lichamelijk letsel (zes maanden gevangenisstraf t.o.v. drie maanden).

Voorts kan in dit verband weer worden verwezen naar de factoren die zijn opgesomd in § 2.4.2.1 (aard van de gedragingen), en die deels ook betrekking hebben op de gevolgen van het delict (vgl.: de bijzondere schadelijke gevolgen voor het slachtoffer, zoals aanzienlijk geestelijk of lichamelijk letsel, ontmaagding, besmettingsrisico, etc.).

Verder spelen de gevolgen van het delict ook een cruciale rol bij het vaststellen van de strafwaardigheid van onder andere mishandeling, diefstal (de aard en de waarde van het gestolen goed), het veroorzaken van een verkeersongeval (lichamelijk letsel, zwaar lichamelijk letsel, de dood) en opiumwetdelicten (het op de markt brengen van soft- of harddrugs).

2.4.2.5 Recidive

Er zijn verschillende delicten waarbij recidive, ook in het kader van de oriëntatiepunten, een strafverhogende factor vormt. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gewezen op de verhoging van de op te leggen gevangenisstraf met een maand voor elke keer dat verdachte gedurende vijf jaar voorafgaande aan de terechtzitting eerder veroordeeld is geweest wegens het delict van artikel 197 Sr (onwettig verblijf in Nederland). Het strafverhogende effect van recidive wordt in dit verband overigens wel genuanceerd door diverse andere factoren en verontschuldigungsgronden (een soort hardheidsclausule). Zo moet er na eerdere veroordeling(en) een redelijke periode (drie tot zes maanden) zijn verstreken die de verdachte in staat heeft gesteld actie te ondernemen om het verblijf in Nederland te beëindigen.

Andere voorbeelden van recidive als strafverhogende factor zijn te vinden bij delicten als kinderporno, verkrachting (zie boven) en winkeldiefstal, waarbij recidive en frequente recidive zelfs – al dan niet in combinatie met andere strafverzwarende factoren, zoals geweld bij betrapping, de aard van het gestolen goed, de wijze waarop het delict is gepleegd – tot de belangrijkste strafverhogende factoren behoren.

Tot slot kan nog worden gewezen op recidive in het kader van artikel 8 WvW (rijden onder invloed): bij recidive binnen vijf jaar na een eerdere onherroepelijke veroordeling is de naast hogere schaal van de sanctietabel van toepassing. Bij meervoudige recidive volgt in ieder geval een ontzegging van de bevoegdheid tot het besturen van een motorrijtuig (OBM).

2.4.2.6 De aard van het aangetaste rechtsbelang

Uit de hierboven besproken categorieën straftoemetingsfactoren blijkt dat sommige van de daarin opgesomde omstandigheden en factoren uit het oogpunt van de persoon van het slachtoffer (§ 2.4.2.2; bijzondere kwetsbaarheid, kwaliteit e.d.) als strafverzwarende factor zijn te beschouwen. Dat geldt bijvoorbeeld voor openlijke geweldpleging tegen, en belediging, bedreiging of mishandeling van politieagenten, boa's, toezichthouders, professionele hulpverleners, en functionarissen van het openbaar vervoer. Maar er is ook veel voor te zeggen deze factoren en omstandigheden in de sleutel te zetten van de aard van het aangetaste rechtsbelang als strafverhogende of strafverlagende factor. Het betreft hier het rechtsbelang dat de desbetreffende functionarissen ongestoord hun werkzaamheden moeten kunnen verrichten ter behartiging of

ter bescherming van de algemene belangen waaraan in de samenleving een (zeer) groot gewicht wordt toegekend.

Daarmee kan worden geïllustreerd dat – ook in het kader van de oriëntatiepunten – de grenzen tussen de diverse categorieën strafverhogende en strafverlagende factoren niet scherp zijn te trekken.

2.4.2.7 Het profijt

Datzelfde kan worden gezegd van de factoren die in het bovenstaande in de sleutel zijn gezet van de gevolgen van het delict (§ 2.4.2.4). Zo kan bijvoorbeeld van de waarde van de gestolen goederen afhangen hoe ingrijpend de gevolgen het delict voor het slachtoffer zijn geweest en welke strafmaat daar het best bij past. De keerzijde daarvan is dat het delict de dader meer profijt heeft opgeleverd naarmate de waarde van de gestolen goederen hoger is. Daarmee kan ook de waarde in de zin van profijt voor de dader als strafverhogende factor worden beschouwd. Hoewel beide factoren zijn elkaars spiegelbeeld zijn en het (dus) ook hier lood om oud ijzer is bij welke categorie straftoemingsfactoren de waarde van de gestolen goederen (als strafverhogende factor) worden ondergebracht, kan er wel de indicatie aan worden ontleend dat ook het profijt dat het delict voor de dader oplevert een strafverzwarende factor kan zijn.

Ook bij het delict van artikel 3 onder B Opiumwet (het kweken van hennepplanten) lijken de aard en de omvang van de gevolgen van het delict enerzijds en het profijt dat het delict de dader oplevert, dan wel op zou leveren, anderzijds, de twee zijden van dezelfde medaille te zijn: hoe groter het aantal gekweekte hennepplanten, hoe hoger de (aanbevolen) straf.

2.4.2.8 De proceshouding van de dader

Ook in het kader van de oriëntatiepunten speelt de houding van de dader een rol bij de straftoemering. Zoals bij de bespreking van het delict van artikel 240b Sr (kinderporno) al bleek, werd bijvoorbeeld de bereidheid tot gedragsverandering en de erkenning van en inzicht in de problematiek van het gedrag als een strafverlagende factor gezien.

En bij de oriëntatiepunten bij artikel 8 WVV (rijden onder invloed) vormt de weigering van een ademanalyse (art. 163 WVV) een straftoemingsfactor in die zin, dat daarin wordt aanbevolen de weigering met een forse sanctie af te straffen.

2.4.3 De Databank Consistente Straftoemering

Naast deze landelijke oriëntatiepunten is – zo bleek – sinds 2002 de zogenoemde Databank Consistente Straftoemering operationeel. Daarin worden

uitspraken (van gerechtshoven) opgenomen waarbij een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van meer dan vier jaar is opgelegd.

De rechter kan in de Databank zoeken op bepaalde delictstypen en/of delicten. De rechter kan daarbij kiezen uit de volgende categorieën: openbare orderdelicten, zedendelicten, geweldsdelicten (persoonlijke integriteit), diefstal, fraude, bedrog, drugsdelicten, wapen- en munitiedelicten, verkeersdelicten en overige delicten. Elk van deze categorieën is weer onderverdeeld in verschillende delicten.

Vervolgens kan de rechter binnen deze categorieën (typen) delicten zoeken op bepaalde strafbepalende omstandigheden en kenmerken, zoals: de aard en de ernst van het leedsel van het slachtoffer, recidive, de mate van toerekenbaarheid, de leeftijd van de dader, en eventuele verslavingsproblematiek.

Dat alles leidt tot een resultatenlijst met uitspraken die aan de zoekcriteria voldoen. De daarin voorkomende uitspraken bevatten algemene zaaksgegevens, gegevens over de casus en het delict waarvoor de dader is veroordeeld en de opgelegde sancties en de strafmotivering.

Ook de straftoemetingfactoren waarop de strafmaat in de verschillende uitspraken is gestoeld, borduren voort op, dan wel vertonen grote gelijkenis met de (eerder besproken) wettelijke strafverzwarende en strafverlagende factoren.¹¹⁴

2.4.4 De rechtspraktijk

Blijkens een analyse van een aantal (PROMIS)uitspraken¹¹⁵ van feitelijke rechters, worden rechters bij het bepalen van de strafmaat (al dan niet expliciet gebruik makend van de oriëntatiepunten en/of de Databank Consistente Straftoemeting) in het bijzonder geconfronteerd met de volgende veel voorko-

114 Hier zal niet worden ingegaan op de discussie m.b.t. het nut van de DCS. Sommigen vinden dat de DCS weinig toevoegt aan een (evt. verder op te getuigen) stelsel van oriëntatiepunten, anderen (zoals Fokkens) menen dat de gedachte achter de DCS juist moet worden uitgebouwd. Op grond van een eigen onderzoekje komen ook Tulder en Diephuis tot dezelfde conclusie. Zie Frank van Tulder en Bart Diephuis, 'Onderzoek 'Straftoemeting en informatie'', *Trema Straftoemetingsbulletin* nr. 1, 2009, p. 17-19. Vgl. voorts F.P. van Tulder en B.J. Diephuis, Afgewogen straffen, *Trema Straftoemetingsbulletin*, nr. 1, 2008. Zie voor achtergrondinformatie over de DCS o.a. G.K. Schoep en P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij de straftoemeting; een onderzoek naar de (potentiële) effectiviteit van de Databank Consistente Straftoemeting en de oriëntatiepunten voor de strafvordering*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2005, M.J.A. Duker, *Legitieme straftoemeting. Een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

115 De nieuwe PROMIS-aanpak biedt de mogelijkheid om een nog beter inzicht te krijgen in de straftoemetingfactoren die in concrete zaken een rol spelen bij het bepalen van de strafmaat.

mende strafverhogende en strafverlagende factoren.¹¹⁶ Of enigszins anders geformuleerd: uit deze analyse blijkt dat gerechten in deze zaken bepaalde typen factoren – die niet altijd samenvallen met de desbetreffende oriëntatiepunten – in het bijzonder laten meewegen bij het bepalen van de strafmaat:

- De wijze van uitvoering van het delict (zeer excessief geweld; van het leven beroven op zeer gruwelijke wijze; het weerzinwekkende karakter van het gepleegde feit; doodslag die vooraf is gegaan door poging diefstal; een verkrachting in de eigen woning van het slachtoffer; een verkrachting in het bijzijn van de kinderen van het slachtoffer; de lichtst denkbare variant van verkrachting (en vereiste dwang) van het slachtoffer door haar eigen partner tijdens haar slaap, terwijl het slachtoffer nadien de relatie met haar partner nog langere tijd had laten voortduren).
- De persoon van de dader (verminderde detentiegeschiktheid die tot strafverlaging leidde; de jeugdige leeftijd van de dader; de gezondheidstoestand van de dader; op grove wijze misbruik maken van de vertrouwensrelatie tussen dader en slachtoffer).
- De persoon van het slachtoffer (verkrachting van een jong meisje; de jeugdige leeftijd van een moeder van een zoontje, dat er ook nog eens getuige van was dat ze van het leven werd beroofd; een eerdere vrijwillige seksuele relatie tussen dader en slachtoffer en het eigen aandeel van het slachtoffer).
- De verwijtbaarheid (de mate van toerekeningsvatbaarheid).
- Recidive (en in het bijzonder: veelvuldige recidive).
- De gevolgen (het veroorzaken van ondraaglijk leed bij de nabestaanden; het veroorzaken van sterke gevoelens van onrust en onveiligheid in de samenleving; de ernstig geschokte rechtsorde; het tweeebrengen van een grote mate van verontwaardiging, ontzetting en onbegrip; het wekken van grote beroering in de samenleving; het doorkruisen van een normale en seksuele ontwikkeling van een jong meisje; een ernstige schending van de lichamelijke integriteit van het slachtoffer; uitermate ernstige gevolgen voor het leven van het slachtoffer, zoals het voortdurend geconfronteerd worden met het gebeuren omdat de verkrachting in de eigen woning van het slachtoffer heeft plaatsgevonden, waar ze zich optimaal veilig mocht wanen; een grove inbreuk op de lichamelijke en geestelijke integriteit van het slachtoffer).
- Gradaties van opzet (bij voorwaardelijk opzet vaak lagere straffen dan bij zwaardere gradaties van opzet, al verschilt dat per geval).

116 Bij deze inventarisatie is gebruik gemaakt van een analyse van een aantal uitspraken van feitenrechters door M. Bron in het kader van haar master-scriptie *De straffoetingsvrijheid van de rechter in het Nederlandse rechtssysteem* (Groningen, 2008). Het betreft de uitspraken die te vinden zijn onder de LJN-nummers: AT7856; AW1796; AU7240; AR7475; AU8189; AE4819; BC0127; BC2655; AN9848; AH8959; AE1094; AD8671; AZ4132; BC3384; AR3223; BB4819; BB8350; AZ9941; AV0677; AT9907; AZ9602; BB8265; AO2788; BA6525; AZ7521; BB2861; AY5737; AU8344; AF7009; AY9125; AY6134; AU7047; BC0412; BB5652; BC2655; AH8959; BB2861; AZ9602; AD871; AZ721; AT9907; BA6525; BB8265; AN9848; AO2788; AF7009; AR3223; BB4819; AY6134; AZ9941; BB8350; BC5372; BB4171; BD2298; AQ2788; BD3549; Zie voorts HR 10 september 1991, NJ 1991, 830 (de rechter mag bij de bepaling van de strafmaat rekening houden met de mate waarin berouw is getoond).

- Risicoverhogende factoren (met name rijden onder invloed als strafverzwarende factor).

Algemeen gesproken, wordt bij het opleggen van de straf rekening gehouden met de aard en de ernst van het gepleegde feit (de impact), de omstandigheden van het geval (bijvoorbeeld: meerdere plegers; tijdens nachtelijke uren en andere kwetsbare situaties) en de persoon van de verdachte (bijvoorbeeld: is hij eerder bestraft en met welke strafmodaliteit?; heeft dat effect gehad of moet er nu voor een andere strafmodaliteit worden gekozen?).

In dit verband kan nog worden gewezen op enkele voorbeelden van bijzondere, aan de rechtspraak te ontleen, strafverhogende en/of -verlagende factoren die alleen een rol spelen bij de strafoplegging in concreto:

- De recidivekans in concreto (bij een grote kans op herhaling ligt uit een oogpunt van speciale preventie een zwaardere, afschrikwekkendere straf in de rede; bij een geringe kans op herhaling, terwijl de verdachte tevens bereid is na zijn detentie hulp te zoeken, ligt een gedeeltelijk voorwaardelijke straf soms meer voor de hand als aansporing om recidive te voorkomen; bij het ontbreken van enig normbesef kan juist (jeugd)tbs de aangewezen reactie zijn om enige structuur aan te brengen in het leven van de dader).
- De proceshouding van de verdachte (de weigering van de dader spijt te betuigen of berouw te tonen; de belofte om zijn leven te beteren; de bereidheid om het slachtoffer schadevergoeding aan te bieden; de bereidheid om berouw om te zetten in daden die gericht zijn op het goedmaken van wat is aangericht).
- Undue delay (het forse tijdsverloop dat voor een belangrijk deel is te wijten aan onvolkomenheden en nalatigheden in het opsporingsonderzoek door de politie).
- Onherstelbare vormverzuimen in het vooronderzoek (die, als die nadeel voor de dader opleveren en geschikt zijn voor compensatie door strafvermindering, in concreto tot strafvermindering kunnen leiden).
- De consequenties voor de dader (is er een evenwicht tussen het vergelden van het aangerichte onheil en het belang dat de dader een reëel uitzicht moet houden op het opbouwen van een nieuwe toekomst na het uitboeten van de straf?).

Het behoeft geen betoog dat rechters – meer algemeen gesproken – bij het bepalen van de strafmodaliteit en de strafmaat ook laten meewegen in hoeverre bepaalde sancties tegemoet kunnen komen aan de behoefte aan vergelding, de genoegdoening van het slachtoffer, generale en speciale preventie, normbevestiging, het voorkomen van eigenrichting, bescherming van de samenleving en allerlei andere functies die aan het strafrecht worden toegeschreven. Het voert echter te ver om daar in dit verband uitgebreid inhoudelijk op in te gaan. Daarvoor zij verwezen naar de literatuur waarin de diverse straftheorieën worden besproken. Voorts kunnen in dit verband de in de inleiding besproken voorstellen van de Projectgroep Straftoemeteringsinstrumentarium in herinne-

ring worden geroepen, waaronder het voorstel om ook de meer algemene uitgangspunten voor straftoemeting (naast de evt. bijzondere oriëntatiepunten) te expliciteren. Omdat – zo bleek – over de gronden en doelen van het straffen nauwelijks consensus is te bereiken, heeft de projectgroep zich wat dat betreft beperkt tot de reconstructie van de rechtspraktijk. Daaruit kon worden afgeleid dat het proportionaliteitsbeginsel voorop staat als grootste gemene deler van alle andere oriëntatiepunten: evenredigheid van de straf ten opzichte van (de ernst van) het feit, de gevolgen van het feit en de mate van verwijtbaarheid van de verdachte. Daarnaast dient volgens de projectgroep, binnen de grenzen van deze evenredige bestraffing, ook rekening te worden gehouden met de noodzaak en wenselijkheid van:

- De bescherming van de maatschappij en mogelijke slachtoffers tegen strafbare feiten.
- Generale preventie.
- Genoegdoening aan slachtoffers.
- Speciale preventie.
- Voorkomen van recidive.
- Voorkomen van mateloosheid in de bestraffing van daders.

2.5 OM-afdoening (strafbeschikkingen)

2.5.1 Inleiding

Na een langdurig voortraject is op 1 februari 2008 de Wet OM-afdoening in werking getreden. Kern van de wet is een aanpassing van de juridische grondslag van de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken. Waar de constructie van de transactie met zich brengt dat – bij vervulling van de transactievoorwaarden – het OM van (verdere) vervolging afziet, is de strafbeschikking een vorm van daadwerkelijke vervolging en schuldvaststelling door het OM. Het probleem met de transactie is dat deze niet direct executabel is, wat een nadelig effect heeft op de efficiëntie en effectiviteit van dit handhavinginstrument. Het voordeel van de strafbeschikking is dat het de mogelijkheid biedt straffen en maatregelen op te leggen waarvan de tenuitvoerlegging niet afhankelijk is van de betrokkene. Op het moment dat de geldboete die in een strafbeschikking is opgenomen niet wordt betaald, kan de officier van justitie het CJIB belasten met de tenuitvoerlegging van de strafbeschikking. De strafrechter hoeft in beginsel, in tegenstelling tot de systematiek van de transactie, niet te worden ingeschakeld. Met de invoering van de strafbeschikking wordt beoogd dat alleen die strafzaken bij de strafrechter terechtkomen die daar gelet op de aard van het feit, de gewenste justitiële reactie dan wel een verschil van opvatting tussen de verdachte en het OM voor in aanmerking komen. Uiteindelijk is het de bedoeling de transactie te vervangen door de OM-afdoening. Het uitvaar-

digen van een strafbeschikking is echter niet voorbehouden aan het OM (art. 257a Sv), maar kan ook, bij AMvB, worden toegekend aan opsporingsambtenaren (art. 257b Sv) en lichamen of personen met een publieke taak belast (art. 257ba Sv). Strafbeschikkingen die door het bestuur worden uitgevaardigd, heten bestuurlijke strafbeschikkingen.

De invoering van de strafbeschikking verloopt gefaseerd. De gefaseerde invoering heeft betrekking op de feiten, de types strafbeschikkingen en de personen aan wie een strafbeschikking uitgereikt kan worden. Per 1 maart 2011 is het aantal feiten dat onder de Wet OM-afdoening valt, verder uitgebreid met een groot deel van de veelvoorkomende, niet politie-transigabele overtredingen. Voorbeelden van feiten die sinds maart 2011 met een strafbeschikking kunnen worden afgedaan zijn onder andere ‘het niet kunnen voldoen aan de verplichting een identificatiebewijs te tonen’ en ‘het plegen van baldadigheid’. Bovendien kan vanaf 1 maart 2011 ook aan minderjarigen een strafbeschikking worden opgelegd. Ook geldt de strafbeschikking vanaf 1 maart 2011 voor militairen en wordt het mogelijk een strafbeschikking uit te vaardigen aan iemand die zich als militair identificeert. Een andere verandering is dat strafrechtelijk beslag door middel van een strafbeschikking kan worden afgedaan.

De invoering van de bestuurlijke strafbeschikking (voor overlastfeiten) is versneld verlopen. Dit heeft te maken met de vrijwel gelijktijdige invoering van Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte (Wbboor) in 2009. Het gemeentebestuur beschikt vanaf de inwerkingtreding van deze wet over de bevoegdheid bestuurlijke boetes op te leggen voor overtredingen uit de APV ter zake van ‘kleine ergernissen’. Daarnaast had de minister de Tweede Kamer toegezegd dat het bestuur in 2009 zou kunnen beschikken over de bestuurlijke strafbeschikking om overlastfeiten te kunnen aanpakken. Aangezien de invoering van de strafbeschikkingsbevoegdheid, als bedoeld in artikel 257b Sv, om praktische redenen niet haalbaar bleek in 2009, is ervoor gekozen de boea's van het bestuur met de strafbeschikkingsbevoegdheid van artikel 257a Sv te laten werken. Vanaf april 2010 heeft de uitrol van de strafbeschikking in handen van opsporingsambtenaren plaats gevonden. Dit heeft tot gevolg dat de grondslag van de bestuurlijke strafbeschikking van artikel 257a in artikel 257b Sv is gewijzigd.

Vanaf 2009 beschikken gemeenten in het kader van overlastproblematiek dus over twee sanctie-instrumenten. In de toelichting bij het amendement waarbij de bestuurlijke strafbeschikking is ingevoerd, wordt expliciet ingegaan op de verhouding tussen deze instrumenten. Bij lezing daarvan wordt duidelijk dat de bestuurlijke strafbeschikking wordt gezien als de strafrechtelijke tegenhanger van de Wbboor. Om voor de burger te garanderen dat het niet uitmaakt of hij wordt geconfronteerd met een bestuurlijke boete of een strafbeschikking, zijn beide systemen op het gebied van feitelijsten, tarieven en dergelijke, op elkaar afgestemd.

2.5.2 Wet en OM-beleid over de boetehoogte

Het OM mag, sinds de invoering van de strafbeschikking in 2008, strafbeschikkingen uitvaardigen voor misdrijven waarop maximaal zes jaar gevangenisstraf staat en voor alle overtredingen. Een strafbeschikking kan uit verschillende straffen, maatregelen en aanwijzingen bestaan, zoals een geldboete, een taakstraf en een ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen te besturen. Tot maart 2011 werd alleen de geldboete of ontzegging opgelegd. Vanaf maart 2011 kan ook de maatregel van onttrekking aan het verkeer worden ingezet en is het mogelijk de verdachte aanwijzingen te geven die kunnen inhouden: afstand van voorwerpen die in beslag zijn genomen en vatbaar zijn voor verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer.

In gevallen waarin sprake is van politiestrafbeschikkingsfeiten kunnen (buitengewoon) opsporingsambtenaren, voor zover zij bevoegd zijn tot opsporing van die zaken, strafbeschikkingen uitvaardigen waarin alleen een geldboete wordt opgelegd. Voor overtredingen geldt dan het maximum dat krachtens de wettelijke omschrijving op de overtreding is gesteld. Ingevolge artikel 257b lid 2 Sv kan een strafbeschikking die wordt opgelegd voor een misdrijf niet hoger zijn dan € 350. Deze systematiek is opvallend nu de maximale geldboete voor overtredingen niet wordt beperkt, waardoor daarvoor de algemene boetemaxima uit artikel 23 Sr gelden, terwijl voor misdrijven een beperking geldt van € 350. Door de wetgever wordt geen argument aangedragen voor het introduceren van deze ruime bevoegdheid voor opsporingsambtenaren ter zake van overtredingen.

Voor een groot aantal overtredingen en misdrijven hanteert het OM vaste boete-tarieven. Het gaat vooral om verkeersgerelateerde zaken, maar ook om bijvoorbeeld boetes voor het verkeerd aanbieden van huisvuil, vissen zonder visvergunning of het veroorzaken van geluidsoverlast. Deze overtredingen en misdrijven zijn voorzien van feitcodes die gebruikt worden op het (verkort) proces-verbaal. In artikel 3.6 lid 1 Besluit OM-afdoening is voorgeschreven dat het OM, voor de uitvoering van de politiestrafbeschikking, richtlijnen uitvaardigt waarin ten aanzien van elk feit waarvoor de bevoegde ambtenaar een strafbeschikking kan uitvaardigen de hoogte van de daarin op te leggen geldboete wordt bepaald. Deze richtlijnen worden in de Staatscourant bekend gemaakt. In het tweede lid van hetzelfde artikel staat dat de bevoegde ambtenaar in het bezit wordt gesteld van een lijst met de feiten waarvoor de strafbeschikking kan worden uitgevaardigd en met de bedragen van de geldboeten die kunnen worden opgelegd. In de Richtlijn voor strafvordering bestuurlijke strafbeschikking overlastfeiten 2011 en de Tekstenbundel voor misdrijven, overtredingen en Muldergedragingen 2011 van het OM zijn de actuele strafbeschikkingsbedragen terug te vinden.

In de Nota van Toelichting bij artikel 3.6 van het Besluit OM-afdoening wordt kort iets gezegd over de mogelijkheid af te wijken van de voorschreven boetebedragen. Artikel 3.6 Besluit OM-afdoening is ontleend aan artikel

9 Transactiebesluit 1994. De uitleg van dat laatste artikel brengt mee dat de ambtenaar die bevoegd is een politiestrafbeschikking uit te vaardigen daarin geen ander geldboetebedrag mag opleggen dan door het OM is vastgesteld.

2.5.3 OM-afdoening in het licht van eerdere strafrechtelijke bevindingen

In het licht van hetgeen in § 2.2 (wet), § 2.3 (OM-beleid) en § 2.4 (rechterlijk beleid) over de hoogte van geldboetes is opgemerkt, kunnen met het oog op de OM-afdoening de volgende conclusies worden getrokken.

In de eerste plaats is duidelijk dat de OM-afdoening de lichtere categorieën delicten betreft: voor de zwaardere categorieën blijven primair beslissingen van de strafrechter aangewezen. In de tweede plaats kan worden geconstateerd dat de OM-afdoening op uiteenlopende soorten delicten van toepassing is: het gaat zowel om zaken die tot het reguliere strafrecht gerekend kunnen worden als om zaken die onder het orderingsrecht vallen. In de derde plaats valt op dat opsporingsambtenaren (art. 257b Sv) en bestuursorganen (art. 257ba Sv) aan OM-beleidsregels gebonden zijn, ook wat betreft de hoogte van de boete. Een vierde opmerking is dat de aanwezigheid van boetebeschikkingen niet betekent dat de in het vervolgetraject geroepen strafrechter de rol van besluiten-toetsers vervult: na verzet gaat de gewone procedure lopen. Het laatste betekent dat, hoewel de strafbeschikking als een in het strafrecht geregelde bestuurlijke boete kan worden beschouwd, het bestuursrechtelijk model van besluiten-toetsing, met inbegrip van de aandacht van de rechter voor het bestuurlijke beleid, in het strafrecht niet van toepassing is.

Essentie van de OM-afdoening is dat de bevoegdheid tot bestraffing niet enkel meer aan strafrechters is voorbehouden, maar dat ook officieren van justitie onder omstandigheden straffen kunnen opleggen (strafbeschikkingen). Weliswaar binnen veel striktere grenzen, kunnen zelfs opsporingsambtenaren en bestuursorganen dat doen. Dat in het kader van de OM-afdoening de positie van het OM is veranderd, impliceert tevens een wijziging van de plaats en rol van zijn beleid over de boetehoogte: vergeleken met het overige strafrecht, komt het OM-beleid in het kader van de OM-afdoening meer zelfstandige betekenis toe. Door de invoering van de Wet OM-afdoening is de noodzaak van een adequate normering groter geworden. Met name in geval van strafbeschikkingen van opsporingsambtenaren en (ambtenaren van) bestuursorganen zijn ruime kaders voor straftoemeting minder aanvaardbaar (in het licht van de opleidingseisen die voor officier van justitie en strafrechter gelden).

Tegen deze achtergrond moet worden geconcludeerd dat de plaats en rol van niet-wettelijke normering van de boetehoogte in de context van de OM-afdoening toch iets anders moet worden beoordeeld dan in daarbuiten in het strafrecht: het belang van deze normering lijkt in die context groter dan daarbuiten het geval is; en dit geldt ook voor de gebondenheid aan deze normering. Dit betreft de aard van de normering van de boetehoogte, niet de inhoud van

de factoren die op die boetehoogte van invloed zijn: er is gaan aanleiding voor de veronderstelling dat er op dit laatste punt verschil bestaat ten opzichte van het overige strafrecht.

2.6 Samenvatting en tussenconclusie

2.6.1 Strafrecht in het algemeen

In dit onderzoek staat de vraag centraal hoe in het bestuursrecht en het strafrecht de boetehoogte wordt bepaald en op welke wijze meer eenheid kan worden gebracht in de systematiek waarmee de boetehoogte wordt vastgesteld. Ten behoeve van de beantwoording van deze vraag is in dit hoofdstuk gekeken naar de straftoemeting in het strafrecht. In deze paragraaf zullen de geïnventariseerde categorieën strafverhogende en strafverlagende factoren die zowel op het niveau van de wet als dat van het OM-beleid en het rechterlijk beleid een rol spelen bij de strafrechtelijke straftoemeting in het algemeen, nog eens op een rijtje worden gezet. Daarna, in § 2.6.2, wordt nader aandacht besteed aan de factoren die meer in het bijzonder in het kader van de ordeningswetgeving van betekenis zijn.

Het complex van strafrechtelijke factoren in het algemeen vormt de (descriptieve, indicatieve) bron voor een straftoemetingssystematiek ten behoeve van boetestelsels in het kader van ordeningswetgeving. Voorop gesteld moet worden dat het proces van straftoemeting, in ieder geval wat betreft de ‘commune’ strafbare feiten, vaak zo gecompliceerd is, en dat rekening moet worden gehouden met zoveel factoren, subtiliteiten en bijzondere omstandigheden van het geval, dat blind varen op een stelsel van richtlijnen en/of oriëntatiepunten niet de aangewezen weg is. Toch is het de vraag of dat laatste ook onverkort geldt voor een straftoemetingssystematiek voor boetestelsels in het kader van ordeningswetgeving. Zoals in de inleidende paragrafen van dit hoofdstuk al werd betoogd, kunnen niet alle typen delicten onder een noemer worden gebracht. Anders gezegd: er kan en moet worden gedifferentieerd naar onder andere:

- De mate waarin de rechter of het OM over speelruimte moet kunnen beschikken om de strafoplegging zo precies mogelijk af te stemmen op de bijzondere omstandigheden van het geval.¹¹⁷
- De mate waarin de rechter juist (meer) gebonden is aan strafverhogende of strafverlagende factoren die zo precies mogelijk (moeten) worden gespecificeerd en genuanceerd om houvast te bieden aan de rechter met het oog op het mogelijk complexe karakter van bepaalde delicten.¹¹⁸

¹¹⁷ Vgl. het pleidooi van Fokkens.

¹¹⁸ Vgl. bepaalde strafvorderingsrichtlijnen en oriëntatiepunten m.b.t. enkele ernstige delicten zoals kinderporno, verkrachting, etc.

- De mate waarin juist kan worden volstaan met een gefixeerde straftoemeting, al dan niet in de vorm van een bepaalde bandbreedte.

Voor de meeste ‘commune’ delicten geldt dat een te grote gebondenheid van de rechter aan richtlijnen of oriëntatiepunten op gespannen voet zou staan met het uitgangspunt van de onafhankelijkheid van de rechter en de discretionaire ruimte waarover rechters moeten kunnen beschikken om sancties zo precies mogelijk af te stemmen op het concrete geval. Aan de andere kant is eenheid in strafoplegging, en daarmee het vereiste van rechtsgelijkheid – dat wil zeggen vergelijkbare strafmaten in vergelijkbare gevallen – van zo groot belang, dat ook de functie van wet- en regelgeving, en met name ook van het straftoemingsbeleid (richtlijnen), in dat licht bezien niet mag worden onderschat. Voor het OM gaat het dan ook om bindende richtlijnen en aanwijzingen (beleidsregels). Afhankelijk van het type normenstelsel zal de nadruk voor de rechter op het ene dan wel op het andere uitgangspunt liggen, althans: zal daarin het juiste midden moeten worden gezocht.

Zo pleit Fokkens weliswaar voor consistente straftoemeting, maar zonder dat dit ten koste mag gaan van de eigen verantwoordelijkheid van de rechter: die eigen vrijheid is – bij gebreke van wettelijke straftoemingscriteria – nodig voor de voortdurende verfijning van het jurisprudentiële straftoemingsrecht. Dat wil zeggen dat er enerzijds wel een vorm van (in de rechtspraktijk en in wisselwerking met het OM-beleid te ontwikkelen) straftoemingsrecht nodig is dat als richtlijn kan dienen voor de rechter. Anderzijds vormt de rechterlijke vrijheid – in de vorm van een zekere flexibele bandbreedte met betrekking tot de strafoplegging – de belangrijkste voorwaarde om niet alleen de strafoplegging zo precies mogelijk toe te snijden op het concrete geval, maar ook het jurisprudentiële straftoemingsrecht voortdurend te kunnen blijven verfijnen aan de hand van de motiveringsplichten bij eventuele afwijkingen van de desbetreffende bandbreedte. Daarbij ligt het accent dus op flexibiliteit in gebondenheid.

Vanuit de invalshoek van de OM-richtlijnen (o.a. BOS-Polaris) en de rechterlijke oriëntatiepunten ligt het accent wat meer op de functie van doelmatig instrument ten behoeve van de straftoemeting bij veel voorkomende delicten. Daarbij lijken de straftoemingscriteria tot op zekere hoogte te zijn uitgekristalliseerd. Ze vormen daardoor weliswaar een handig hulpmiddel voor de rechter, maar de keerzijde daarvan is wel dat ze een zeker statisch karakter hebben. Het feit dat rechters er niet aan gebonden zijn, en zelfs steeds vaker ook (weer) zelf een lijstje met oriëntatiepunten aanleggen, doet daar niets aan af. Belangrijk aandachtspunt zou in dat verband kunnen zijn dat de oriëntatiepunten niet te gedetailleerd worden ingevuld en dat de beoordelingsvrijheid van de rechters daarmee niet te veel aan banden worden gelegd.

Wanneer nu op alle niveaus – de wet, de OM-beleidsregels en de rechterlijke oriëntatiepunten alsmede de Databank Consistente Straftoemeting – de geïnventariseerde strafverhogende en strafverlagende factoren tezamen worden genomen, dus als een samenvatting van § 2.2, § 2.3 en § 2.4

waarbij doublures van factoren zijn weggelaten, kan de volgende categorisering worden gegeven:

- Subjectieve factoren (opzet, schuld).
- Mate van verwijtbaarheid.
- Strafuitsluitingsgronden overig.
- Risicoverhogende factoren, zoals culpa in causa.
- Aard en de ernst van de gevolgen.
- De aard van het aangetaste rechtsgoed of rechtsbelang.
- De persoon van de dader.
- De persoon van het slachtoffer.
- Het profijt.
- De wijze van uitvoering van het delict.
- De omstandigheden waaronder het delict heeft plaatsgevonden.
- Recidive.
- Proceshouding verdachte.
- Onvoltooide delicten.
- Het aandeel aan het delict.
- Herstel van de gevolgen.
- Gedragsbeïnvloeding.
- Het afnemend strafnut.
- Verdragen.
- Afstemming op andere landen.
- Systematiek.
- Kostenaspect
- Haalbaarheid.
- Compensatie voor vormverzuimen.
- Kans op herhaling.
- Undue delay.
- Vormverzuimen in het vooronderzoek.
- Consequenties voor de dader.
- Draagkracht.

Deze veelheid aan factoren maakt zichtbaar dat de strafrechtelijke straftoemeting in het algemeen, vanuit het perspectief van flexibiliteit in gebondenheid, op zeer verfijnde wijze plaatsvindt. Dit sluit aan bij de ruimte die men voor de strafrechter ziet weggelegd om recht te kunnen doen aan alle omstandigheden van het geval. In samenhang met het zeer verfijnde stelsel waarbinnen de strafrechtelijke sancties in het algemeen worden bepaald, kan worden gezegd dat het uitgebreide overzicht aan relevante factoren dienstig kan zijn aan het verkrijgen van meer eenheid in de systematiek waarmee de sanctiehoogte wordt vastgesteld. Maar tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat dit overzicht geen aanknopingspunten biedt voor een eenvoudiger systematiek voor de strafrechtelijke straftoemeting in het algemeen.

2.6.2 Ordeningsrecht in het bijzonder

Vanuit de invalshoek van de instrumentele functie van handhavingssstelsels in het kader van ordeningswetgeving (vgl. de WED), lijkt het accent niet zozeer te liggen op straftoemingsfactoren opgevat als instrumenten om zo nodig in complexe gevallen maatwerk te kunnen leveren, maar op factoren in de zin van instrumenten waarmee de ordeningswetgeving op een doelmatige wijze kan worden gehandhaafd. Daarbij kan de toelichting bij het oorspronkelijke ontwerp van de WED (waarnaar in de inleidende paragrafen van dit hoofdstuk werd verwezen) in herinnering worden geroepen. Daarin werd gesteld: “Voor de economische strafrechter zal de reclasseringsvraag veelal nevengeschiedt moeten zijn aan deze andere vragen: hoe is zoveel mogelijk het met het delict verkregen voordeel weg te nemen en de schade te herstellen, door het delict toegebracht, welke gevaren zijn voor de volkshuishouding te vrezen van de in elk bepaald geval te duchten recidive en hoe kunnen deze gevaren zo doelmatig worden ondervangen?” En in de Memorie van Toelichting bij de eerste WED (1947) voegt de minister daaraan nog toe: “De noodzakelijkheid van streng strafrecht op economisch terrein vindt haar eenvoudige verklaring in de grote voordelen voor de delinquent en daartegenover de grote nadelen die voor de gemeenschap en voor individuele medeburgers aan economische delicten verbonden kunnen zijn.”¹¹⁹

Ook uit het onderzoeksrapport ‘De WED op de helling’ blijkt dat de strafrechtelijke handhaving van ordeningswetgeving, veelal opgevat als het sluitstuk van de primair bestuursrechtelijke handhaving van deze ordeningswetgeving, in de eerste plaats een instrumenteel karakter heeft. Dat blijkt een grote aantrekkingskracht uit te oefenen op verschillende departementen in die zin, dat ook ordeningswetgeving die niet kan worden gerekend tot de handhavingssstelsels waarvoor de WED van oudsher is bedoeld, er toch in wordt ondergebracht. Het is hier niet de plaats om uitgebreid in te gaan op deze ontwikkelingen en op de vraag of dat anders zou moeten.¹²⁰ Wel kan daarmee worden onderstreept dat er – wat betreft functies en instrumentarium – kan worden gedifferentieerd tussen diverse typen normensstelsels. Aangenomen mag worden dat dit ook consequenties heeft voor de vraag welke straftoemingsfactoren relevant zijn voor boetstelsels in het kader van ordeningswetgeving. Wat dat laatste betreft kan worden voortgeborduurd op hetgeen hiervoor al is opgemerkt met betrekking tot de specifieke aanwijzingen en richtlijnen op het terrein van ordeningswetgeving. Een analyse van deze richtlijnen kan (in descriptieve zin) een aanwijzing opleveren wat betreft de relevantie van de geïnventariseerde straftoeme-

119 *Kamerstukken II 1947/48*, 48 603, nr. 3 p. 12. Zie voorts E. Gritter, G. Knigge en N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling. Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de economische delicten te herzien*, (WODC: Onderzoek en beleid, nr. 234) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005. p. 21-24.

120 Daarvoor zij gewezen naar het desbetreffende rapport zelf.

tingsfactoren voor boetestelsels in het kader van ordeningswetgeving. Op grond daarvan zal hieronder een selectie worden gemaakt.

Daarbij moet overigens nog eens worden benadrukt dat ook overtredingen van ordeningswetgeving tot complexe straftoemingskwesties kunnen leiden, zodat daarvoor een boetestelsel dat is gebaseerd op een grofmazig netwerk van straftoemingscriteria, niet kan volstaan. Enigszins cryptisch geformuleerd: een boetestelsel dient te worden gereserveerd voor dat type delicten waarvoor geen andere straftoemingsfactoren van belang zijn dan waarop het boetestelsel is gebaseerd. Met andere woorden: een grofmazig straftoemingsstelsel dat is gebaseerd op enkele 'primaire' straftoemingsfactoren, is alleen geschikt voor eenvoudige delicten waarbij nuancering niet nodig of wenselijk is, en waarbij – binnen een bepaalde bandbreedte – geen andere factoren een rol spelen dan de factoren die de grondslag vormen voor het desbetreffende boetestelsel. Daarmee evolueert de descriptieve inventarisatie van straftoemingsfactoren tot een prescriptieve selectie, zij het op basis van een analyse van de geïnventariseerde strafverhogende en -verlagende factoren en voorts (gelet op de probleemstelling van dit onderzoek) met het oog op de belangrijkste geïnventariseerde functies, doelen en kenmerken van ordeningswetgeving. In die zin is deze prescriptieve selectie dus het resultaat van een 'inductieve' benadering (kort gezegd: vanuit een beschrijving naar een model) en niet vanuit een 'deductieve' benadering (vanuit een model/theorie naar een verklaring/categorisering).

Voorts nog een enkel woord over een bijzondere factor, die niet is te ontleenen aan een beschrijvende inventarisatie van straftoemingsfactoren, maar die met het oog op het primair instrumenteel karakter van ordeningswetgeving niet onbesproken mag blijven. Zoals in § 2.2.2.7 al werd opgemerkt, is er met ordeningswetgeving iets bijzonders aan de hand, namelijk dat de burgers in de handhaving van deze wetgeving in het algemeen nauwelijks geïnteresseerd zijn voor zover de overtreding henzelf niet betreft. Voor de handhaving van ordeningswetgeving is de overheid dan ook vooral op zichzelf aangewezen in die zin, dat de overheid het niet moet hebben van aangiften of andere vormen van medewerking van burgers, maar zelf de teugels in handen moet nemen. Om overtredingen van ordeningswetgeving op te sporen, dient de overheid actief toezicht uit te oefenen op, bijvoorbeeld, het naleven van vergunningsvoorschriften, veiligheidseisen, milieuvoorschriften, verkeersregels, et cetera, en zal de overheid ook in de bestuurlijk-punitieve handhaving of de strafrechtelijke afrekening gevoelige en effectieve drempels moeten inbouwen om de neiging het persoonlijk belang te laten prevaleren boven het algemeen belang, het hoofd te kunnen bieden.

Wat dat laatste betreft kan worden gewezen op het voorstel van onder anderen Greve en Buma om de pakkans mee te laten wegen bij de strafmaat.¹²¹ Het komt er op neer dat er in hun ogen een relatie zou moeten zijn tussen het voordeel dat uit de overtreding voortvloeit (al dan niet in overdrachtelijke zin),

¹²¹ Zie G. Greve en T.M. Buma, 'Straftoemeting bij fraudedelicten. Een aanzet tot de formulering van de straftoemingsrichtlijn voor verticale fraude', *Trema Straftoemingsbulletin*, nr. 1, 2010, p. 6-10.

en de pakkans en de boete. Hoe lager de pakkans en hoe hoger het voordeel, hoe hoger de boete. Daarbij is de omgekeerd evenredige verhouding tussen pakkans en boete het uitgangspunt. Als de pakkans maar 50% is (hetgeen statistisch is te berekenen aan de hand van empirisch onderzoek), als de overtreding met andere woorden maar in de helft van de gevallen wordt ontdekt, dan zou de boete juist twee maal zo hoog moeten zijn. Er voor het gemak even van uitgaande dat het voordeel dat de overtreding oplevert, de belangrijkste strafbepalende factor zou zijn, zou het voordeel vervolgens moeten worden vermenigvuldigd met deze factor twee. Bij een voordeel van € 100.000 zou de boete in geval van een pakkans van 50% dus € 200.000 moeten bedragen.

Een andere formule die wordt gebruikt (en die voor de overtreder iets milder uitpakt), luidt: $\text{Boete} = (1/\text{pakkans} - 1) \times \text{het voordeel}$. Bij een pakkans van 50% en een voordeel van bijvoorbeeld € 100.000 betekent dat: $\text{Boete} = (1/0.5 - 1) \times € 100.000$. Dat levert vervolgens op: $(2 - 1) \times € 100.000 = € 100.000$. En een pakkans van bijvoorbeeld 20% levert op: $(1/0.2 - 1) \times € 100.000 = € 400.000$.

Kortom: in het licht van de specifieke functies, doelen en kenmerken van ordeningswetgeving zou er in de ogen van Greve en Buma veel voor te zeggen zijn deze factor te verdisconteren in het boetestelsel voor ordeningswetgeving. Echter, nog afgezien van een aantal andere bezwaren, kan als belangrijkste bezwaar tegen deze benadering worden ingebracht dat de boetehoogte daarmee deels afhangt van de bereidheid van de overheid (of het ontbreken daarvan) inspanningen te verrichten om de desbetreffende wetgeving te handhaven. Immers, hoe minder de overheid zich inspannt om de wetgeving te handhaven, hoe kleiner de pakkans en (dus) hoe hoger de boete als de overtreder desondanks toch wordt gesnapt. Nog afgezien van de vraag of dat rechtens toelaatbaar is, staat dat alles haaks op de vaststelling dat de overheid voor de handhaving van ordeningswetgeving primair op zichzelf is aangewezen en in die zin dus een zorgplicht heeft met het oog op het algemeen belang. Met deze ‘pakkansconstructie’ wordt de verantwoordelijkheid voor de handhaving van de desbetreffende wetgeving op de keper beschouwd deels doorgeschoven naar de overtreder zelf. Dat staat op gespannen voet met het uitgangspunt dat een burger niet aan zijn eigen veroordeling hoeft mee te werken.

Dat alles geldt tot op zekere hoogte ook voor de ‘high trust level’ benadering, die er in het kort op neer komt dat de overheid er (groot) vertrouwen in heeft, althans dat uitstraalt, dat burgers hun plichten (bijvoorbeeld bepaalde meldingsplichten) zullen vervullen. Als echter blijkt dat burgers dat vertrouwen beschamen, worden ze extra zwaar bestraft. In wezen komt dat overeen met de hierboven besproken pakkansconstructie en het is dan ook de vraag of deze benadering niet eveneens rechtens ontoelaatbaar is.

2.6.3 Selectie van relevante straftoemingsfactoren ten behoeve van een boetestelsel voor ordeningswetgeving, op basis van de strafrechtelijke straftoemingspraktijk

Op basis van de analyse van de strafrechtelijke straftoemingspraktijk, en met name op basis van de analyse van de OM-richtlijnen die specifiek betrekking hebben op de handhaving van ordeningswetgeving, kan nu een selectie worden gemaakt van ‘primaire’ factoren die relevant kunnen worden geacht voor een boetestelsel voor ordeningswetgeving. Allereerst is aanstonds duidelijk dat meerdere factoren van het in § 2.6.1 gegeven uitgebreide overzicht van relevante factoren voor het ‘commune’ strafrecht voor de ordeningswetgeving van ondergeschikt belang zijn. Dit betreft onder meer bepaalde subjectieve factoren en factoren als de wijze van uitvoering van het delict en bijvoorbeeld onvoltooide delicten. Van andere factoren kan worden gezegd dat ze in de context van de ordeningswetgeving weliswaar van belang kunnen zijn, maar alleen op een of enkele deelgebieden of onder bijzondere omstandigheden. Dit geldt bijvoorbeeld de factor de persoon van het slachtoffer. Hoewel beide factoren op de achtergrond eigenlijk altijd een rol spelen, kan voorts nog worden gedacht aan de factoren generale en speciale preventie. Daarnaast wordt wel verdedigd dat de pakkans beschouwd kan worden als relevante factor voor een boetestelsel in het kader van de ordeningswetgeving.

Gelet op onder meer de in § 2.3.4 vermelde beleidsregels met betrekking tot de handhaving van ordeningswetgeving, zijn in het kader van deze wetgeving in elk geval de volgende factoren van meer structureel belang:¹²²

- De aard en ernst van het delict.
- De persoon van de dader (type normadressaat; het al dan niet zijn van professionaal; individuele onderneming of deel uitmakend van een concern; werkgever van een klein, middelgroot of groot bedrijf; draagkracht).
- Het profijt (behaald voordeel).
- Recidive.
- Herstel van de gevolgen.

De eerste van deze factoren verdient nog een korte toelichting. Allereerst geldt voor de aard en ernst van het delict dat daarin andere factoren besloten liggen, zoals het gewicht dat aan het aangetaste rechtsgoed wordt toegekend, de aard en de ernst van de gevolgen voor de specifieke gedupeerde(n), dan wel voor de samenleving als geheel (soms eveneens de wijze van uitvoering van het

¹²² Dit overzicht van factoren komt sterk overeen met die van de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel (*Kamerstukken I*, 2008/09, 31 700 VI, D, p. 12):

- De ernst van de overtreding, uit te drukken in de mate waarin deze gevaar oplevert voor te beschermen maatschappelijke waarden, dan wel feitelijk schade veroorzaakt (vermogensschade, lichamelijk letsel, geestelijk leed);
- Het teniet doen van het voordeel dat met de normschending wordt behaald;
- De doorbreking van een patroon van overtredingen (waar in hoge mate «recidive» dreigt);
- Het rekening houden met de draagkracht: de impact van straf op de (jongere, volwassen) persoon of onderneming (kleinbedrijf tot multinational).

delict en de omstandigheden waaronder het delict heeft plaatsgevonden, alsmede andere delictspecifieke factoren, zoals bijvoorbeeld het georganiseerde verband).¹²³ Wat betreft het aangetaste rechtsgoed kan het schema op de volgende pagina worden gebruikt.

Allereerst valt op dat ordeningswetgeving ziet op zowel algemene als particuliere belangen. Bij het laatste valt bijvoorbeeld te denken aan de veiligheid van de individuele werknemer of het individuele gezondheidsbelang, dat raakt aan de rechtsbelangen van het leven en de lichamelijke integriteit, welke belangen gelet op de Wet Herijking Strafmaxima tegenwoordig extra gewicht wordt toegekend (zie § 2.2.3.1). Ook kan worden gedacht aan het winstbelang van bedrijven. Wat betreft de algemene belangen kan worden gedacht aan het collectieve milieubelang of het gemeenschapsbelang van een adequate markt(werking). Anders dan het commune strafrecht ziet het ordeningsrecht niet op collectieve belangen die rechtstreeks raken aan de democratische rechtsorde (veiligheid van de Staat; zie § 2.2.3.1).

123 Zie voorts G. Greve en T.M. Buma, 'Straftoemeting bij fraudedelicten. Een aanzet tot de formulering van de straftoemetingsrichtlijn voor verticale fraude', *Trema Straftoemetingsbulletin*, nr. 1, 2010, die op het terrein van fraude op vergelijkbare strafbepalende, resp. strafverzwarende en strafverlagende factoren uitkomen, zoals: al dan niet voordeel/persoonlijk gewin, pakkans, ernst van het feit (constructie/geraffineerdheid, lange pleegperiode, georganiseerd verband versus eenvoud en enkelvoudigheid van het gedrag), recidive, gevolgen (ondermijnend/ontwrichtend voor de samenleving en/of benadeling van particulieren), persoon van de dader (leeftijd).

Tabel 2.3: Aangetaste rechtsgoed, ordeningsstrafrecht

Rechtsgoederen ordeningsstrafrecht			
Collectieve belangen		Individuele belangen	
Demo- cratische rechtsorde	Algemene veiligheid en integriteit	Vrijheid en integriteit van de persoon/dier/ planten	Eigendom
n.v.t.	<p>Voorbeelden:</p> <ul style="list-style-type: none"> - bescherming Nederlandse economie (Algemene Douanewet, Landbouwwet, Mijnbouwwet) - bescherming volksgezondheid (Warenwet, Geneesmiddelenwet, Waterleidingwet, Tabakswet) - bescherming milieu (Meststoffenwet, Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden, Wet milieubeheer, Kaderwet diervoeders, Landbouwwet, Mijnbouwwet) - waarborgen stabiliteit financiële systeem (Wft, Wgt, Wta, Wtt) - tegengaan bedreiging van de algemene veiligheid (Wet vervoer gevaarlijke stoffen, Uitvoeringswet verdrag biologische wapens, Wet voorkoming misbruik chemicaliën, Wet explosieven voor civiel gebruik, Binnenvaartwet, Wet luchtvaart) - creëren en beschermen van een eerlijke markt (Telecommunicatiewet, Binnenvaartwet, Drank- en horecawet, Tabakswet) - bescherming cultuur (Wet tot behoud van cultuurbezit) - bescherming zorg(stelsel) (Wet kinderopvang, Wet marktordening gezondheidszorg) 	<p>Voorbeelden:</p> <ul style="list-style-type: none"> - bescherming van de gezondheid van de individuele persoon (zie de kolom 'Algemene veiligheid en integriteit'*) - bescherming van de veiligheid van de individuele persoon (zie de kolom 'Algemene veiligheid en integriteit'*) - bescherming van de individuele werknemer (Arbeidsomstandighedenwet, Arbeidstijdenwet)- bescherming van het individuele dier (Diergeneesmiddelenwet, Gezondheids- en welzijnswet voor dieren, Kaderwet diervoeders, Flora- en Faunawet) 	<p>Voorbeeld:</p> <p>waardevermindering individuele onderneming als gevolg van valsc concurrentie</p>

* Indien een wet de algemene volksgezondheid of de algemene veiligheid beschermt, betekent dit dat het belang van een individuele burger hier ook onder valt. De wetten die als voorbeeld genoemd zijn in de kolom ‘Algemene veiligheid en integriteit’ kunnen derhalve ook gelden als voorbeelden voor de kolom ‘Individuele belangen’.

2.6.4 De betekenis van de geselecteerde straftoemetingfactoren in het licht van een algemeen kader voor straftoemeting ten behoeve van ordeningswetgeving.

In de inleidende paragrafen van dit hoofdstuk bleek dat er, althans voor wat betreft de commune misdrijven, een zekere spanningsverhouding bestaat tussen het uitgangspunt dat maatwerk moet worden geboden in de strafoplegging, en dat daarbij een optimale straftoemetingsvrijheid van de rechter en het OM past, en anderzijds het uitgangspunt dat de burger vooraf, ook wat betreft de feitelijke strafoplegging, in grote lijnen moet kunnen inschatten wat hem te wachten staat. Zoals betoogd, kan er op dit punt worden gedifferentieerd: bij sommige typen delicten zal het accent liggen op maatwerk, bij andere typen delicten op een stelsel van criteria op basis waarvan de strafmaat al op voorhand kan worden vastgesteld. Wat betreft de delicten waarvoor maatwerk is vereist, zal – zo bleek – de strafmaat afhangen van een complex van subtiliteiten en bijzondere omstandigheden van het geval die op voorhand niet of nauwelijks zijn te rubriceren of te operationaliseren als straftoemetingfactoren (overigens is niet ondenkbaar is dat dergelijke bijzondere omstandigheden van het geval op termijn als straftoemetingfactoren kunnen uitkristalliseren in de jurisprudentie). Voor delicten waarbij de bijzondere omstandigheden van het geval een minder grote rol spelen, kan de strafmaat op voorhand wel worden ‘gefixeerd’ aan de hand van een set vooraf ontwikkelde criteria.¹²⁴

In de loop van de tijd zijn in de praktijk stelsels ontwikkeld (zowel op OM-niveau als op het niveau van de zittende magistratuur) waarin is getracht een balans te vinden tussen deze beide uitersten, met andere woorden: waarin het vereiste van rechtszekerheid voorop staat, maar waarin er – gelet op het type delict – tevens voldoende ruimte is voor flexibiliteit. Deze balans heeft met name zijn beslag gekregen in de bandbreedtes waarmee wordt gewerkt bij het vaststellen van de strafmaat, die groter of kleiner zijn naar gelang er meer of minder redenen zijn voor maatwerk.

¹²⁴ Het zij nog maar eens gezegd: straftoemetingfactoren vallen niet altijd volledig samen met de voorwaarden voor strafbaarheid. Zo is een voorwaarde voor strafbaarheid dat er sprake moet zijn van schuld in de zin van verwijtbaarheid, ook al wordt dat in het kader van ordeningswetgeving niet gezien als een straftoemetingfactor. Het ontbreken van verwijtbaarheid neemt de strafbaarheid van de verdachte (op basis van de relevante straftoemetingfactoren) alsnog weg. In het strafrecht zal dat aan de orde komen bij het beslissingsmodel van art. 350 Sv (het vangnet van de derde materiële vraag van art. 350 Sv). In het bestuursrecht zal daar anderszins een regeling voor (moeten) worden getroffen. Dat alles geldt vanzelfsprekend ook voor rechtvaardigingsgronden, strafverminderingsgronden, kwalificatieuitsluitingsgronden, vervolgingsuitsluitingsgronden, faits d’excuses, etc.

Tegen deze achtergrond, en met het oog op het streven naar eenheid in wet- en regelgeving, biedt de systematiek die wordt gebruikt in het kader van de OM-richtlijnen met betrekking tot ordeningswetgeving, en met name het Bos-Polaris-stelsel, goede aanknopingspunten voor een algemeen straftoemingskader voor boetestelsels in het kader van ordeningswetgeving. Niet in de eerste plaats omdat daaruit in zijn algemeenheid zou blijken dat kan worden volstaan met een beperkt aantal primaire straftoemingsfactoren. Immers, het Bos-Polaris-stelsel is ook van toepassing op complexere commune delicten (kinderporno, verkrachting, etc.) waarvoor een gedetailleerd stelsel van straftoemingsfactoren is ontwikkeld. Hoewel de vraag kan worden opgeworpen of het wel wenselijk is om op OM-niveau een stelsel van straftoemingsfactoren te ontwikkelen voor dergelijke complexe commune delicten, kan in ieder geval worden vastgesteld dat de Bos-Polaris-systematiek zeker aanknopingspunten biedt voor een algemeen kader voor straftoemeting met betrekking tot ordeningswetgeving. In de eerste plaats in materiële zin: uit de analyse van de OM-richtlijnen bleek dat ook daarin wordt gedifferentieerd naar typen delicten. In de richtlijnen met betrekking tot ordeningswetgeving blijken bepaalde straftoemingsfactoren steeds een zo doorslaggevende rol te spelen, dat ze gevoeglijk – zo bleek – kunnen worden gekwalificeerd als de ‘primaire’ relevante straftoemingsfactoren in het kader van ordeningswetgeving. Maar ook wat betreft de betekenis die moet worden toegekend aan elk van deze factoren, mede met het oog op de vormgeving van het beoogde kader voor straftoemeting, kan worden aangehaakt bij de OM-richtlijnen en meer bijzonder bij de Bos-Polaris-systematiek.

Het fundament van die systematiek wordt gevormd door de zogenoemde ‘basispunten’ (starting points) die de ernst van het (basis)delict uitdrukken. Zoals in de inleidende paragrafen van dit hoofdstuk (m.n. § 2.2.2.1) al werd betoogd, wordt de ernst van een delict bepaald aan de hand van betrekkelijk ongrijpbare en onbenoembare normatieve overwegingen (‘imponderabilia’) met een hoog ‘politiek’ karakter en met wortels in een ver verleden en in een lange traditie. Zo wordt een levensdelict, algemeen gesproken, als een ernstiger delict beschouwd dan bijvoorbeeld diefstal.

Wel zou er iets voor te zeggen zijn een aantal mogelijke (sub)factoren te benoemen die ‘traditioneel’ besloten liggen in de factor ‘ernst’ van het delict (vgl. het schema met het onderscheid in rechtsgoederen ordeningsstrafrecht en de andere subfactoren die in dat verband zijn besproken), en die bij de vorming van het politieke/normatieve oordeel over de ernst van het delict een rol zouden kunnen spelen. Denkbaar is zelfs dat aan deze factoren een relatief gewicht wordt toegekend, hetgeen kan bijdragen tot een gemotiveerde vaststelling van de ernst van het delict, dan wel tot een weloverwogen herijking van het relatieve gewicht dat aan bepaalde subfactoren wordt toegekend (vgl. de Wet herijking strafmaxima waaraan in dit hoofdstuk aandacht is besteed).

Aanhakend bij de Bos-Polaris-systematiek kan – wat betreft de boven bedoelde subfactoren – de ‘ernst’ van het delict desgewenst nog worden verfijnd aan de hand van bepaalde ‘basisfactoren’ (gevolgen van het delict, aantal keren

en/of hoeveelheid, wijze waarop het delict is gepleegd, persoon van het slachtoffer, etc.) of ‘delictspecifieke factoren’ (was er sprake van uitlokking door een ander, werd het delict al dan niet in dienstbetrekking gepleegd, was er sprake van medeplegen, etc.), dan wel van zogenoemde ‘wettelijke factoren’ (bijvoorbeeld poging, voorbereiding, doen plegen, etc.). Zie voor deze factoren § 2.3: OM-beleidsregels en aanwijzingen.

Overigens kunnen deze subfactoren ook in de sleutel worden gezet van de ‘strafverhogende en strafverlagende factoren’. Maar wat daar ook van zij, zoals hiervoor al werd betoogd, zal deze verfijning geen of nauwelijks een rol spelen bij de vaststelling van boetehoogtes in het kader van ordeningswetgeving. En voor zover dat wel het geval is, vallen ze samen met, of liggen ze besloten in de overige ‘primaire’ factoren die doorslaggevend zijn voor straftoemeting in het kader van ordeningswetgeving.

Kortom: De ‘normatief’ (politiek) vastgestelde ernst van het delict bepaalt het aantal basispunten. Deze basispunten kunnen – conform het Bos-Polarisstelsel – vervolgens nog worden verhoogd of verlaagd aan de hand van de overige relevante (strafverhogende of -verlagende) factoren:

- De persoon van de dader (bijv.: natuurlijke persoon of rechtspersoon).
- Het profijt (en in dat verband het eventuele herstel van de gevolgen).
- Recidive.

In deze strafverhogende en -verlagende factoren kunnen verschillende nuances worden aangebracht. Zo kan, bijvoorbeeld wat betreft recidive, een rol spelen binnen welke termijn is gerecidiveerd, hoe vaak is gerecidiveerd, et cetera. Ook wat dat betreft kan worden aangehaakt bij de Bos-Polaris-systematiek en/of bij de overige OM-richtlijnen.¹²⁵

De hier voorgestelde systematiek van straftoemeting kan ook voor de bestuurlijke boete van betekenis zijn. Met het oog op het uit het oogpunt van rechtseenheid op elkaar afstemmen van straf- en bestuursrecht mag tot slot een opmerking over artikel 23 Sr niet ontbreken. Zoals bleek, zijn bepaalde boetes ondergebracht in het bestuursrecht omdat de strafrechtelijke categorieën geldboetes niet de mogelijkheid boden om (zeer) hoge boetes op te leggen. Om ook wat dat betreft beide rechtsgebieden beter op elkaar af te stemmen, zal artikel 23 Sr moeten worden aangepast om in het kader van het strafrecht eveneens te kunnen voorzien in een meer gedifferentieerd stelsel van (zo nodig zeer hoge) boetes. Op deze kwestie zal nader worden ingegaan in de slotbeschouwing van hoofdstuk 5.

¹²⁵ Overigens wordt de Polaris-systematiek op dit moment binnen het OM volop geëvalueerd, waarbij een landelijke commissie (de Landelijke Commissie Strafvorderingsrichtlijnen) op grond de uitkomsten van deze evaluaties verbeterpunten doorvoert. In dat verband wordt er onder meer gewerkt met burgerfora, collegiale uitwisseling, et cetera. De uiteindelijke uitkomsten van deze evaluaties moeten worden afge wacht, maar het kan nu al verstandig zijn de ontwikkelingen op dat terrein op de voet te volgen. Zie over de Landelijke Commissie Strafvorderingsrichtlijnen: ‘Jaarbericht online OM 2010 (jaarbericht 2009)’, op de website van het OM.

Verkenning bestuursrechtelijke boetestelsels

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt nagegaan hoe in het bestuursrecht de hoogte van de boetes wordt bepaald. De ontwikkeling van het recht omtrent de bestuurlijke boete en daarmee de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de hoogte van de boete is versnipperd over verschillende bijzondere wetten. Er is geen uniforme dogmatiek, noch in de literatuur, noch in de parlementaire geschiedenis, waarmee de hoogte van de boete kan worden verklaard.

Het doel van dit hoofdstuk is het achterhalen van de rationaliteit van de bestuurlijke boetestelsels. Dit moet leiden tot een aantal factoren die door de bank genomen een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete. Dit zou men de rationaliteit van een boetestelsel kunnen noemen. De reconstructie van de rationaliteit van bestuurlijke boetestelsels wordt in dit hoofdstuk gebaseerd op de bestudering van een steekproef van twaalf boetestelsels. Deze steekproef is selectief tot stand gekomen, met als doel een zo groot mogelijke spreiding over beleidsterreinen, departementen en typen rechtsgoederen die door het boetestelsel worden beschermd. De reconstructie van de rationaliteit is gebaseerd op een gedetailleerde beschrijving van de wetsgeschiedenis en aanvullende beleidsstukken en toelichtingen, waarin de motieven van het boetestelsel worden beschreven.

Van drie boetestelsels is deze beschrijving uitgebreid met een verdiepende casestudy, waarmee de reconstructie van het boetestelsel wordt verbreed naar de boetepraktijk. Met boetepraktijk wordt bedoeld op de dagelijkse beslissingen binnen het uitvoerende bestuursorgaan aangaande de op te leggen boetes. De beschrijving van de boetepraktijk heeft tot doel te controleren in hoeverre wet en beleid doorwerken in de concrete, individuele beslissingen omtrent de boetehoogte. Bovendien biedt de casestudy mogelijk aanknopingspunten voor nadere motieven die de vormgeving van een boetestelsel kunnen verklaren.

In § 3.2 worden de twaalf boetestelsels, en de motieven die daaraan ten grondslag liggen, beschreven aan de hand van de parlementaire geschiedenis en beleidsdocumenten. § 3.3 bevat een beschrijving van de boetepraktijk. In

§ 3.4 wordt een samenvattend overzicht geschetst van de motieven die in het bestuursrecht een rol spelen bij de bepaling van de boetehoogte. Dit overzicht zou men kunnen zien als het referentiekader voor de hoogte van boetes, zoals die uit het bestuursrecht opdoemt.

3.1.1 Algemene Ouderdomswet (AOW)

3.1.1.1 Inleiding

De AOW regelt het ouderdomspensioen. Overtreding van artikel 49 AOW wordt, in artikel 17c lid 1 AOW, met een bestuurlijke boete bedreigd. De overtreding heeft betrekking op het schenden van een informatieverplichting. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het niet doorgeven van het duurzaam voeren van een gezamenlijke huishouding. Het verantwoordelijke departement is het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de AOW wordt uitgevoerd door de Sociale verzekeringsbank (Svb), dat ook bevoegd is tot het opleggen van bestuurlijke boetes. In 2009 zijn 1.579 bestuurlijke boetes opgelegd.¹

3.1.1.2 Vormgeving boetestelsel

De maximale boete wegens het schenden van een inlichtingenverplichting is in de wet vastgesteld op € 2.269. In 1996, bij de inwerkingtreding van de boetebevoegdheid in de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid (Wet BMT), bedroeg het maximale boetebedrag reeds f 5.000, het equivalent van het thans vigerende maximum.² Volgens artikel 17c AOW moet in beginsel een boete worden opgelegd. Slechts indien zich ‘dringende redenen’ voordoen, kan de Svz afzien van boeteoplegging (art. 17c lid 3 AOW). Bovendien wordt volstaan met een schriftelijke waarschuwing indien de schending van de inlichtingenplicht niet heeft geleid tot het uitbetalen van te veel ouderdomspensioen, tenzij de overtreder minder dan twee jaar geleden een vergelijkbare waarschuwing heeft ontvangen (art. 17c lid 2 AOW).

Op grond van artikel 17h AOW kan de rechter in beroep of hoger beroep het bedrag waarop de bestuurlijke boete is vastgesteld, in afwijking van artikel 8:69 Awb, ook ten nadele van de betrokkene wijzigen. Het verbod van *reformatio in peius* geldt dus niet ten aanzien van de AOW-boetebevoegdheid. Deze keuze wordt als volgt toegelicht: “Het moet de rechter vrij staan om binnen de grenzen van de wettelijke bepalingen een andere (hogere of lagere) boete op te leggen dan die welke het uitvoeringsorgaan heeft opgelegd, indien daartoe naar het oordeel van de rechter gronden zijn. Zou men deze mogelijkheid [...] bij voorbaat uitsluiten, dan zou dat ertoe kunnen leiden dat vrijwel elke boete

¹ Svz (SUWI) Jaarverslag 2009, p. 40

² Boetebesluit socialezekerheidswetten, 14 oktober 2000, *Stb.* 2000, 462.

aan de rechterlijke macht ter beoordeling wordt voorgelegd. De procesgang naar de rechter zou zo kunnen uitlokken tot niet bedoeld gebruik van het recht op de vrije toegang tot de rechter”.³

Het Boetebesluit socialezekerheidswetten (hierna: Boetebesluit) bevat nadere regels over onder meer de AOW-boetebevoegdheid. Artikel 2 van dit Boetebesluit schrijft voor dat de boete wordt vastgesteld op 10% van het benadelingsbedrag, met een minimale boete van € 52. Als benadelingsbedrag geldt het bruto bedrag dat als gevolg van het niet of niet behoorlijk nakomen van een inlichtingenverplichting ten onrechte is verleend als uitkering (art. 1 aanhef en onder s Boetebesluit). Indien de schending van de informatieverplichting niet heeft geleid tot een benadeling, dan wordt de bestuurlijke boete op € 52 vastgesteld (art. 2 lid 3 Boetebesluit). Een boete wordt overigens altijd afgerond op een veelvoud van € 10 (art. 2 lid 3 Boetebesluit).

Bij de toepassing van zijn boetebevoegdheid hanteert de SvB beleidsregels. In deze beleidsregels is onder meer geregeld dat de normadressaat de relevante informatie binnen vier weken dient door te geven. De beleidsregels bevatten ook factoren die de hoogte van de boete bepalen. Deze factoren zijn: de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden waarin de betrokkene verkeert.

Voor wat betreft de *ernst van de overtreding* wordt (opnieuw) de hoogte van het benadelingsbedrag meegewogen. Zijn er geen bijzondere omstandigheden, dan wordt het bedrag van de boete vastgesteld op het basisboetebedrag (10% van het benadelingsbedrag, art. 2 Boetebesluit). Bijzondere omstandigheden die de boetehoogte kunnen beïnvloeden zijn recidive (verhoging met 50% bij de tweede boete binnen vijf jaar), de ernst van de overtreding met een boeteverhogend effect (verhoging met 50% indien de ernst van de overtreding dit rechtvaardigt, bijvoorbeeld indien de overtreding heeft plaatsgevonden binnen een fraudeconstructie) en de ernst van de overtreding met een boeteverlagend effect (indien het nalaten van het melden van feiten en omstandigheden slechts kan leiden tot verhoging van de uitkering, is sprake van verminderde ernst van de overtreding en wordt de boete met 50% verlaagd).

Bij *verminderde verwijtbaarheid* wordt de boete met 50% verlaagd. Ontbreekt iedere vorm van verwijtbaarheid, dan wordt afgezien van het opleggen van een boete (art. 5:41 Awb). Er is geen sprake van verminderde verwijtbaarheid indien de belanghebbende de correspondentie van de SvB niet heeft begrepen, bijvoorbeeld vanwege onvoldoende taalbeheersing, of wanneer de uitkeringsgerechtigde gedurende langere tijd niet in staat is geweest om zijn belangen te behartigen.

Bij het vaststellen van de mate van verwijtbaarheid wordt, volgens de beleidsregels, rekening gehouden met de omstandigheid dat de SvB bij de toekenning van een uitkering aan de gerechtigde meedeelt welke feiten en omstandigheden spontaan moet worden gemeld. De SvB gaat er dan ook van uit dat het de betrokkene redelijkerwijs duidelijk is of kan zijn dat deze feiten en

3 *Kamerstukken II 1994/95, 23 909, nr. 3, p. 62-63.*

omstandigheden van invloed kunnen zijn op de uitkering. Voorts wordt van een uitkeringsgerechtigde een redelijke inspanning gevergd om op de hoogte te geraken van feiten en omstandigheden bij anderen die van invloed kunnen zijn op zijn uitkering (bijvoorbeeld omstandigheden van een uitwonend kind). Het enkele feit dat die ander de uitkeringsgerechtigde niet spontaan van een relevante omstandigheid op de hoogte heeft gesteld, impliceert niet dat het niet melden daarvan niet of slechts in verminderde mate aan de uitkeringsgerechtigde kan worden verweten.

Verminderde verwijtbaarheid is niettemin aanwezig in het geval de belanghebbende in onvoorziene en ongewenste omstandigheden verkeerde, die niet tot het normale levenspatroon behoren en die hem weliswaar niet in de feitelijke onmogelijkheid brachten om aan zijn verplichting te voldoen, maar die emotioneel zo ontwrichtend waren dat hem niet volledig valt toe te rekenen dat de informatie niet tijdig of volledig aan de Svb is verstrekt. Eveneens is sprake van verminderde verwijtbaarheid indien sprake is van een samenstel van omstandigheden die elk op zich niet, maar in hun onderlinge samenhang beschouwd wel leiden tot het oordeel dat sprake is van verminderde verwijtbaarheid. En ten slotte is sprake van verminderde verwijtbaarheid indien de betrokkene wel informatie verstrekke, die echter onjuist of onvolledig was, of anderszins een wijziging van omstandigheden niet onverwijld door heeft gegeven, maar uit eigen beweging alsnog dit gebrek herstelt voordat Svb de overtredding constateert.

Verwijtbaarheid *ontbreekt* indien het niet nakomen van een verplichting niet aan de belanghebbende kan worden verweten omdat hij op dat moment verkeerde in onvoorziene en ongewenste omstandigheden die het de belanghebbende feitelijk onmogelijk maakten om aan zijn verplichtingen te voldoen of indien de mededelingsplichtige binnen vier weken na het voordoen van een meldingswaardige omstandigheid bericht van de Svb heeft ontvangen waaruit hij kan afleiden dat de Svb reeds op de hoogte is van de wijziging.

Tot slot wordt de boetehoogte ook bepaald door de *omstandigheden waaronder de betrokkene verkeert*. Er wordt bijvoorbeeld acht geslagen op bijzondere financiële en sociale omstandigheden van de betrokkene. De boete wordt in ieder geval verlaagd indien de belanghebbende voldoende aannemelijk maakt dat hij, gelet op de financiële omstandigheden waarin hij verkeert, de boete niet binnen twaalf maanden na oplegging kan voldoen. De boete wordt dan vastgesteld op het bedrag dat de belanghebbende binnen twaalf maanden kan betalen.

Ook de bevoegdheid van de Svb om af te zien van een sanctie (boete of waarschuwing) vanwege dringende redenen (art. 17c lid 3 AOW), wordt in de beleidsregels van de Svb nader genormeerd. Volgens de beleidsregel maakt de Svb van deze bevoegdheid gebruik als in de individuele situatie van de belanghebbende sprake is van zo ernstige financiële en/of sociale omstandigheden dat een oplegging van verdere lasten in redelijkheid niet aanvaardbaar kan worden geacht.

3.1.1.3 Motivering

De hoogte van de boete en de vormgeving ervan zijn op verschillende niveaus gemotiveerd. De boete zelf is het resultaat van de in 1996 inwerking getreden Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid (Wet BMT). Deze wet introduceerde een onderscheid tussen maatregelen en boeten, waarbij de laatste sanctie bedoeld is voor de gevallen waarin de belanghebbende zijn rechtsplicht tot het verstrekken van alle inlichtingen die van belang kunnen zijn voor het recht op uitkering of de hoogte daarvan niet of niet behoorlijk is nagekomen (informatiefraude).

De Wet BMT vormde de reactie op de geconstateerde omvang van misbruik en oneigenlijk gebruik van de sociale zekerheid. Verzwaring van het sanctiestelsel diende eraan bij te dragen dat misbruik zou worden voorkomen en daar waar het zich toch voordoet, niet zou lonen. In deze redenering past dat van de hoogte van de sancties voldoende preventieve werking dient uit te gaan en dat voor de concrete toepassing de hoogte van de boete of maatregel dient te zijn afgestemd op de ernst en de verwijtbaarheid. Bij een strikt handhavingsbeleid past ook de keuze de uitvoeringsorganen te verplichten tot het opleggen van bestuursrechtelijke sancties overeenkomstig een 'tariefsysteem', waarbij de hoogte van de sanctie afhankelijk is van de te onderscheiden vormen van verwijtbaar gedrag. Ook de verplichtstelling van de terugvordering van ten onrechte betaalde uitkering zorgt voor een verdere aanscherping van het handhavingsbeleid.⁴

In de toelichting op de Wet BMT wordt de keuze voor de hoogte en de vormgeving van de voorgestelde bestuurlijke boete gemotiveerd. Met opzet heeft de wetgever gekozen voor een maximum boetebedrag dat niet gekoppeld is aan het bedrag dat als gevolg van de fraude ten onrechte is gekregen. De wetgever is van mening dat de vormen waarin misbruik zich kan voordoen zo divers zijn dat toepassing van een percentage geen recht zou doen aan het concrete geval. Het is de bedoeling dat de uitvoeringsorganen de boete afstemmen op de ernst van het feit, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden van de betrokkene.

Het maximum van f 5.000 (omgerekend in euro's: € 2.269, dus in 2011 nog altijd hetzelfde maximumbedrag) is door de wetgever allereerst gekozen om voldoende armslag te bieden aan de uitvoeringsorganen voor een daadkrachtig optreden waarvan ook voldoende preventief effect kan uitgaan.

De tweede reden voor het maximum van f 5.000 is de aansluiting bij de strafrechtelijke handhaving. Hoewel bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving niet op een lijn gesteld kunnen worden, is de wetgever van mening dat de door het bestuur op te leggen boete zich niet ver dient te verwijderen van het maximum aan geldboetes dat door het strafrechtelijke apparaat wordt opgelegd.

Ten tijde van het onderhavige wetsvoorstel bleek uit onderzoek dat de strafrechter voor gevallen van informatiefraude maximaal een boete van f 2.000 op-

4 *Kamerstukken II 1994/95, 23 909, nr. 3, p. 3.*

legde. Het verschil tussen het strafrechtelijk maximum en de maximale bestuurlijke boete houdt verband met het gegeven dat het wettelijk maximum een bovengrens is die in de regel niet bereikt wordt en met de wenselijkheid van het inbouwen van enige reserve in het wettelijke maximum, zodat het mogelijk is eventuele opwaartse ontwikkelingen in de (nabije) toekomst op te kunnen vangen zonder wetswijziging.⁵

Het Boetebesluit dat ter uitvoering van deze boetebevoegdheid is opgesteld, heeft ten doel dat in gelijke gevallen een gelijke sanctie wordt opgelegd, waarbij de ernst van de overtreding en de zwaarte van de sanctie beter in verhouding staan en de verhouding tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke boetes in verband met overtreding van de inlichtingenplicht wordt geëgaliseerd.⁶ Het Boetebesluit is daarom gericht op uniformiteit, proportionaliteit en afstemming op het boetebeleid in de strafrechtelijke sfeer. Uniformiteit wordt bereikt door een AMvB voor de verschillende beboetbare inlichtingenverplichtingen in de sociale zekerheidswetten. Voor wat betreft de proportionaliteit wordt de ernst van de overtreding afgemeten aan de hoogte van het benadelingsbedrag. De boetehoogte is vervolgens een percentage van dat benadelingsbedrag. In de Nota van Toelichting (NvT) bij het Boetebesluit wordt overwogen dat dit kan leiden tot onbevredigende uitkomsten op individueel niveau. Daarom zijn feiten en omstandigheden op individueel niveau mede maatgevend bij het vaststellen van de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden waarin de betrokkene verkeert. In het Boetebesluit worden deze maatstaven bewust niet nader uitgewerkt, omdat deze te individueel van aard om in algemene regels te vatten.

Van belang is dat de constatering van een overtreding *moet* leiden tot boeteoplegging. Het is daarom, volgens de Nota van Toelichting bij het Boetebesluit, niet de bedoeling dat een in de beleidsregels opgenomen grond voor verlaging van de boete leidt tot oplegging van € 0,- boete of tot afzien van oplegging van een boete. Afzien van een boete is alleen mogelijk in een van de drie volgende situaties: het ontbreken van enige vorm van verwijtbaarheid, in geval van dringende redenen of wanneer de overtreding niet heeft geleid tot een benadelingsbedrag; in dit laatste geval kan worden volstaan met het geven van een waarschuwing.

Voor wat betreft de afstemming met het strafrechtelijk boetebeleid is van belang dat het OM sinds 1 april 2000 het beleid voert dat uitvoeringsorganen geen aangifte hoeven te doen bij frauduleuze overtredingen met een benadelingsbedrag tot en met f 12.000 (de grens is in 2011 € 10.000) en dergelijke overtredingen zelfstandig met een bestuurlijke boete mogen afdoen. Ten aanzien van de overtredingen met een benadelingsbedrag hoger dan f 12.000 (€ 10.000) geldt OM-beleid dat inhoudt dat geen geldboetes worden geëist, maar een gevangenisstraf of taakstraf. Voorts is van belang dat bij het Boetebesluit wordt aangegeven dat het boetepercentage van 10% van het benadelingsbedrag zijn oor-

5 *Kamerstukken II 1994/95*, 23 909, nr. 3, p. 57.

6 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 200 XV, nr. 88.

sprong vindt in het *strafrechtelijk* boetebeleid dat gold tot 1 april 2000; in dat boetebeleid was het boetepercentage namelijk gesteld op 15%.

De toelichting bij de beleidsregels van de SvB bevat geen motivering voor de gekozen gedragslijn. De keuzes worden blijkbaar gebaseerd op de toelichtingen bij het Boetebesluit (en de bijbehorende NvT).

3.1.1.4 Andere sancties

Bestuursrecht

Bij de beschrijving van het boetestelsel moet ook worden nagegaan welke andere sancties in de context van de bestuurlijke boete kunnen worden opgelegd. Allereerst is dat de waarschuwing. Zoals gesteld, wordt een waarschuwing opgelegd indien schending van de inlichtingenverplichting niet heeft geleid tot het ten onrechte of tot een te hoog bedrag verlenen van ouderdomspensioenen. Dit is slechts anders indien het niet of niet behoorlijk nakomen van de verplichting plaatsvindt binnen een periode van twee jaar, te rekenen vanaf de datum waarop eerder aan de pensioengerechtigde, zijn echtgenoot of zijn wettelijke vertegenwoordiger een zodanige waarschuwing is gegeven. In de beleidsregels van de SvB wordt de wettelijke regeling nog aangevuld met de opmerking dat van deze bevoegdheid geen gebruik wordt gemaakt indien de SvB het gegronde vermoeden heeft dat de mededelingsplichtige opzettelijk zijn mededelingsverplichting niet of niet behoorlijk is nagekomen.

Niet-naleving van de inlichtingenverplichting is bovendien een reden voor de SvB een besluit tot toekenning van ouderdomspensioenen te herzien of in te trekken, indien de overtreding heeft geleid tot het ten onrechte of tot een te hoog bedrag verlenen van ouderdomspensioenen (art. 17a lid 1 AOW). In beginsel gaat de SvB hiertoe over. Alleen in het geval van dringende redenen (art. 17a lid 2 AOW) kan de SvB afzien van de gehele of gedeeltelijke intrekking of herziening.

In artikel 17b AOW is voorts de verplichting voor de SvB opgenomen het ouderdomspensioen geheel of gedeeltelijk te weigeren, tijdelijk of blijvend, indien de verplichting, als bedoeld in artikel 49, niet binnen de door de SvB daarvoor vastgestelde termijn is nagekomen (“De Sociale verzekeringsbank ‘weigert’ het ouderdomspensioen geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of blijvend indien [...] de verplichting van art. 49 niet binnen de [...] termijn is nagekomen”). Het gebruik van deze maatregel dient te worden afgestemd op de ernst van de gedraging en de mate waarin de belanghebbende de gedraging kan worden verweten. Bij het ontbreken van de verwijtbaarheid wordt de maatregel niet opgelegd (art. 17b lid 2 AOW). Het derde en vierde lid van artikel 17b Sr geven een aantal omstandigheden waaronder kan worden afgezien van het opleggen van deze maatregel en eventueel volstaan met het geven van een waarschuwing. Tot slot is het vijfde lid van artikel 17b AOW van belang. Daarin is bepaald dat het opleggen van een bestuurlijke boete in de weg staat aan het gebruik van de maatregel van de weigering van ouderdomspensioenen bij niet-nakoming van de verplichting uit artikel 49 AOW. In 2009 is deze maatregel

495 keren opgelegd.⁷ Overigens wordt de maatregel uit artikel 17b AOW in het Maatregelenbesluit en in de beleidsregels van de Svb nader genormeerd.

Artikel 24 AOW bepaalt dat het ouderdomspensioen dat vanwege enige reden onverschuldigd is betaald door de Svb wordt teruggevorderd van de pensioengerechtigde of zijn wettelijk vertegenwoordiger. Onder bepaalde omstandigheden kan de Svb besluiten af te zien van terugvordering of van verdere terugvordering, bijvoorbeeld indien de pensioengerechtigde gedurende een aantal jaren volledig aan zijn betalingsverplichtingen heeft voldaan. De bestuurlijke boete die ingeval van misbruik wordt opgelegd komt steeds bovenop de terugbetalingsverplichting. In de Memorie van Toelichting is de vraag opgeworpen en beantwoord of deze cumulatie effectief is. De wetgever is van mening dat deze cumulatie geen grote problemen met zich brengt, onder meer omdat het uitvoeringsorgaan het bedrag van de bestuurlijke boete kan verrekenen met de uitkering, zolang de betrokkene nog uitkering ontvangt.

Strafrecht

Naast deze bestuursrechtelijke sancties kan dezelfde overtreding ook strafrechtelijk worden gehandhaafd. Strafrechtelijke vervolging wordt gebaseerd op artikel 225 Sr (valsheid in geschrifte), artikel 227a Sr (verstrekking onjuist gegevens, anders dan door valsheid in geschrifte), artikel 227b Sr (nalaten verstrekking gegevens), of artikel 447c Sr (verstrekking onjuiste gegevens) en 447d Sr (nalaten verstrekking gegevens). Een enkele keer wordt artikel 326 Sr (bedrog) gebruikt.

De verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving is neergelegd in de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude en komt op het volgende neer. Het OM onderscheidt drie categorieën overtredingen, namelijk overtredingen met een nadeel kleiner dan € 10.000, overtredingen met een nadeel van € 10.000 tot € 35.000 en overtredingen met een nadeel van meer dan € 35.000. Het uitgangspunt is dat ten aanzien van de eerste categorie geen strafvorderlijke bevoegdheden worden aangewend. Er bestaan verschillende uitzonderingen op dit uitgangspunt, bijvoorbeeld wanneer de verdachte naast sociale zekerheidsfraude ook andere strafbare feiten heeft gepleegd. Indien een overtreding valt onder de tweede of derde categorie wordt door het OM steeds oplegging van een gevangenisstraf of taakstraf gevorderd, een combinatie daarvan of elektronisch toezicht.

Het bedrag tot waar alleen bestuurlijk wordt gehandhaafd, en niet strafrechtelijk, is in de loop der jaren verhoogd, tot € 10.000 (2011). Het verhogen van deze grens zou een weergave zijn van de huidige visie op de toepassing van bestuurlijke handhaving in relatie met strafrechtelijke handhaving voor specifieke situaties van sociale zekerheidsfraudes.⁸

Het OM hanteert als uitgangspunt dat het niet van de wettelijke mogelijkheid gebruikmaakt om het wederrechtelijk verkregen voordeel in sociale ze-

⁷ Svb (SUWI) Jaarverslag 2009, p. 40.

⁸ 'Aanwijzing sociale zekerheidsfraude (2008A019)'.

kerheidsfraude te ontnemen. De gedachte daarbij is dat de uitkeringsinstanties over voldoende eigen mogelijkheden beschikken tot terugvordering, verrekening, verhaal en beslag. Een ander argument betreft het gebrek aan middelen en geld bij de verdachte om te kunnen ontnemen, alsmede het gegeven dat het onwenselijk is dat personen onder het bestaansminimum terecht komen. Er kan echter een uitzondering op deze regel worden gemaakt, bijvoorbeeld wanneer er een aantoonbaar vermogen aanwezig is in het buitenland, wanneer de terugvorderingsmogelijkheden van de uitkeringsinstantie zijn verjaard en wanneer feiten zijn gepleegd in georganiseerd en/of internationaal verband.⁹

De verhouding tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving bij informatiefraude komt kort aan de orde in de Memorie van Toelichting op de Wet BMT. Sancties dienen voldoende zwaar te zijn en in hoogte in verhouding te staan tot de strafrechtelijke afdoening van dit soort delicten. Gezien de deels onderlinge overlapping die bestaat tussen handhavingsmiddelen is het noodzakelijk het bestuursrechtelijke en strafrechtelijke traject op elkaar af te stemmen en nadere invulling te geven aan het ultimatum-remedium karakter van het strafrecht. De wetgever stelt voorop dat de twee sanctiestelsels complementair zijn ten opzichte van elkaar, dat het strafrecht het sluitstuk is van de handhaving en dat cumulatie van bestuursrecht en strafrecht moet worden vermeden. Dat betekent dat de primaire verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de sociale zekerheid berust bij de uitvoeringsorganen en dus bij de bestuurlijke handhaving. Deze organen beschikken immers, zeker met de invoering van de bestuurlijke boete, over verschillende mogelijkheden om op de naleving van regelgeving toe te zien en de handhaving met corrigerende maatregelen gestalte te geven. Toepassing van de strafbepalingen blijft als ultimatum remedium gereserveerd voor de zwaarste gevallen van misbruik.¹⁰

3.1.2 Geneesmiddelenwet

3.1.2.1 Inleiding

De Geneesmiddelenwet regelt het vervaardigen, verhandelen en distribueren van geneesmiddelen. De wet beoogt een balans te bereiken tussen het waarborgen van de kwaliteit, veiligheid en beschikbaarheid van geneesmiddelen en tegelijkertijd het zo min mogelijk belemmeren van de marktwerking.¹¹ In artikel 101 lid 1 Geneesmiddelenwet worden 45 artikelen genoemd waarvan overtreding wordt bestraft met een bestuurlijke boete. Voorbeelden zijn: het zonder vergunning van de minister bereiden, invoeren, afleveren of uitvoeren van geneesmiddelen, door de fabrikant afleveren van geneesmiddelen die moeten worden vrijgegeven door een overheidsinstantie zonder dat die vrijgifte heeft

⁹ 'Aanwijzing sociale zekerheidsfraude (2008A019)'.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1994/95, 23 909, nr. 3, p. 4-5.

¹¹ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 359, nr. 3, p. 2-3.

plaatsgevonden, de verpakking van een geneesmiddel niet van een bijsluiter voorzien en het niet nakomen van de verplichting om op de buitenverpakking, respectievelijk de primaire verpakking, van een homeopathisch geneesmiddel te vermelden dat het om een homeopathisch geneesmiddel gaat. Overtredingen van deze voorschriften kunnen worden begaan door zowel grote bedrijven (groothandelaren, fabrikanten) als kleine bedrijven (apotheken e.d.). In een aantal gevallen richt de norm zich tot natuurlijke personen, echter wel in de uitoefening van een bedrijf of beroep. Materieel wordt de Geneesmiddelenwet sterk gekleurd door Europese regelgeving. De handel in en terhandstelling van geneesmiddelen aan patiënten voor menselijk gebruik is geregeld in Europese richtlijnen, waaronder Richtlijn 2001/83/EG. Ook andere definities en (de in-richting van) het vergunningstelsel hebben Europese wortels.

Het verantwoordelijke ministerie voor de uitvoering van de Geneesmiddelenwet is het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (ministerie van VWS). De minister van VWS is ook het bevoegde bestuursorgaan ten aanzien van het opleggen van een bestuurlijke boete (art. 101 lid 1 Geneesmiddelenwet). Het toezicht is echter opgedragen aan de ambtenaren van het Staatstoezicht op de volksgezondheid, oftewel de Inspectie voor de Gezondheidszorg (hierna: IGZ) dat als organisatieonderdeel van het ministerie van VWS functioneert.¹²

Het is onduidelijk hoeveel bestuurlijke boetes in 2009 zijn opgelegd bij de handhaving van de Geneesmiddelenwet. Wel volgt uit het jaarverslag van de IGZ dat in dat jaar 12 boeterapporten zijn opgemaakt.¹³

3.1.2.2. Vormgeving boetestelsel

De maximale boete voor overtreding van de Geneesmiddelenwet bedraagt € 450.000 (art. 101 lid 1). In de wet is alleen dit maximum genoemd. In de Beleidsregels bestuurlijke boete Geneesmiddelenwet heeft de minister van VWS nadere regels geformuleerd omtrent de vaststelling van de boetebedragen. De boetebedragen zijn per overtreding vastgesteld. Er wordt onderscheid gemaakt tussen reclameovertredingen en overige overtredingen. Rekening houdend met de genoten commerciële voordelen is voor een overtreding van de reclame-regels het normbedrag door de minister vastgesteld op € 150.000. Het normbedrag van de overige overtredingen is vastgesteld op € 2.250 (ernst van het feit/risico voor de gezondheid laag) of € 4.500 (ernst van de overtreding/risico voor de gezondheid hoog). Binnen deze normbedragen (zowel reclameovertredingen als overige overtredingen) wordt gedifferentieerd naar grootte van het bedrijf dat de overtreding heeft begaan. Daarbij is een driedeling gemaakt die, naar het idee van de minister, een afspiegeling geeft van het farmaceutische

12 De juridische basis voor deze dienst is te vinden in artikel 36 Gezondheidswet. In het eerste lid wordt het Staatstoezicht genoemd als de instantie die onder meer belast is met het toezicht op de naleving en de opsporing van overtredingen van het bepaalde bij of krachtens wettelijke voorschriften op het gebied van de volksgezondheid. Zie: *Kamerstukken II* 2004/05, 29 359, nr. 3, p. 19.

13 IGZ, Jaarbeeld 2009, p. 72.

veld: klein bedrijf (<10 werknemers), middelgroot bedrijf (10 t/m 49 werknemers) en een groot bedrijf (> 50 werknemers).

In de 'Tarieflijst normbedragen bestuurlijke boetes Geneesmiddelenwet' zijn de tarieven voor elke overtreding opgenomen. Er wordt in deze lijst onderscheid gemaakt tussen direct beboetbare feiten en niet direct beboetbare feiten. Uitgangspunt is namelijk dat bij constatering van een beboetbaar feit eerst een waarschuwing wordt gegeven en de betrokkene in de gelegenheid wordt gesteld aan de wettelijke eisen te voldoen. Daar waar altijd een 'lik-op-stuk-beleid' past dan wel correctie niet meer mogelijk is of het voordeel reeds is behaald (bijvoorbeeld reclameregels), wordt direct overgegaan tot boeteoplegging.

De in de bijlage genoemde bedragen gelden voor de bedrijven die vallen in de derde categorie wat betreft de omvang (>50 werknemers). Voor bedrijven met een geringere omvang geldt het volgende: het boetenormbedrag voor de eerste categorie bedraagt een vijfde van het bedrag op de lijst, het boetenormbedrag voor de tweede categorie bedraagt een derde van het bedrag op de lijst. De bedragen in de bijlage worden verdubbeld indien een bedrijf binnen twee jaar voor dezelfde overtreding wordt beboet. Met betrekking tot overtreding van de reclameregels geldt nog dat indien in de voorafgaande twee jaar tweemaal een boete is opgelegd, voor de derde overtreding het oorspronkelijk boetebedrag wordt verdubbeld.

3.1.2.3. Motivering

De wetgever beoogt met de introductie van de bestuurlijke boete meer proportionaliteit te realiseren tussen de overtreding en de sanctie. Voorheen kon alleen een vergunning worden ingetrokken of geschorst, naast strafrechtelijke vervolging. Intrekken of schorsen van een vergunning werd in veel gevallen als een te zwaar middel beschouwd. De bestuurlijke boete, naast de schorsing en intrekking van de vergunning, biedt de mogelijkheid van een 'straf op maat'.¹⁴ De hoogte van het maximale boetebedrag van € 450.000 wordt niet nader gemotiveerd.

Bij het formuleren van de bedragen per overtreding in de beleidsregel heeft de minister rekening gehouden met de boetes die in het kader van de voormalige Wet op de Geneesmiddelenvoorziening door de strafrechter zijn opgelegd. Daarnaast heeft de minister aansluiting gezocht bij de boetebedragen die in het kader van de Warenwet in de bijlage bij het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten zijn neergelegd.

In de Beleidsregels is voorts een onderscheid gemaakt tussen overige overtredingen en reclameovertredingen. De verklaring voor dit onderscheid zijn de grote commerciële voordelen die genoten (kunnen) worden door de reclameovertredingen. Deze genoten commerciële voordelen leiden ertoe dat de normbedragen voor de reclameovertredingen hoger liggen dan voor de overige

¹⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 23 959, nr. 3, p. 19-20.

overtredingen. Daarnaast wordt er, ter bepaling van de hoogte van de boete in een individueel geval, gedifferentieerd naar de grootte van het bedrijf dat de overtreding pleegt.

De gemaakte driedeling (klein/middelgroot/ groot bedrijf) geeft volgens de minister een correcte afspiegeling van het farmaceutische veld en bovendien wordt op deze manier, evenals dat bij de Warenwet is gedaan, aansluiting gezocht bij de getalscriteria die gelden in het kader van de Wet op de ondernemingsraden. In het kader van die wet is een onderneming met meer dan 50 werknemers immers verplicht een ondernemingsraad in te stellen.

3.1.2.4 Andere sancties

Bestuursrecht

Op grond van de beleidsregels wordt bij de eerste constatering van een beboetbaar feit volstaan met een waarschuwing (behoudens een aantal uitzonderingen, waaronder overtreding van de reclameregels) en wordt pas in tweede instantie, nadat is geconstateerd dat de betreffende tekortkoming niet is opgeheven, overgegaan tot boeteoplegging. Indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven, kan voor een niet direct beboetbare overtreding toch zonder waarschuwing een boete worden opgelegd. Hierbij kan gedacht worden aan het op schromelijke wijze tekortschieten in het nakomen van verplichtingen.

Een andere sanctie is de intrekking of schorsing van de handelsvergunning die op grond van de Geneesmiddelenwet noodzakelijk is. Ingevolge artikel 51 Geneesmiddelenwet kan deze handelsvergunning worden ingetrokken of geschorst indien, kort gezegd, niet meer voldaan wordt aan de voorwaarden voor het verlenen van een handelsvergunning of indien de vergunninghouder een aantal verplichtingen niet nakomt. De handelsvergunning wordt geschorst indien het ernstige vermoeden bestaat dat een van de in artikel 51 genoemde omstandigheden zich voordoet. De intrekkings- en schorsingsbevoegdheid worden overigens niet door de IGZ uitgeoefend, maar door het College ter beoordeling van geneesmiddelen. De voornaamste taak van dit College is het registreren en toetsen van nieuwe geneesmiddelen voordat deze op de Nederlandse markt afgezet mogen worden.¹⁵

Daarnaast zijn ambtenaren van het Staatstoezicht op de volksgezondheid op grond van artikel 114 Geneesmiddelenwet bevoegd tot het opleggen van een last onder bestuursdwang, maar enkel ter handhaving van de bij artikel 5:20 lid 1 Awb gestelde verplichting. Voorts kunnen zij, voor zover dit redelijkerwijs voor hun taakuitoefening noodzakelijk is, geneesmiddelen in beslag nemen, de handel, aflevering, bereiding, invoer of terhandstelling van een geneesmiddel doen opschorten of beëindigen of een apotheek sluiten indien daar niet de nodige waarborgen aanwezig zijn voor een veilige opslag, bereiding of terhandstelling van geneesmiddelen en daardoor de volksgezondheid gevaar kan lopen (art. 115 Geneesmiddelenwet).

¹⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 23 959, nr. 3, p. 3.

Strafrecht

Naast deze bestuursrechtelijke bevoegdheden, bestaat de mogelijkheid een overtreder strafrechtelijk te vervolgen. De Memorie van Toelichting benadrukt dat de strafrechtelijke vervolging vooral geëigend is voor die overtredingen die een gevaarzettend karakter hebben of die anderszins de volksgezondheid kunnen bedreigen. Gedacht kan worden aan het in de handel brengen van on-geregistreerde geneesmiddelen, het verhandelen of het bereiden van geneesmiddelen zonder de daarvoor vereiste vergunningen.¹⁶

Strafrechtelijke vervolging wegens overtredingen van de Geneesmiddelenwet is voornamelijk gebaseerd op de WED. Artikel 1 onder 1^e WED kwalificeert overtreding van voorschriften gesteld bij of krachtens de artikelen 18 lid 1, 28 lid 1, 39 lid 2, 40 lid 1 en 2, 61 lid 1 en 62 van de Geneesmiddelenwet als economische delicten. Indien de overtredingen opzettelijk zijn begaan, zijn het misdrijven. De bestuurlijk beboetbare feiten die niet als economisch delict zijn aangemerkt, zijn bovendien strafbare feiten indien in de voorafgaande 24 maanden tweemaal voor dezelfde overtreding een bestuurlijke boete is opgelegd. De maximale straf voor deze overtreding is hechtenis van zes maanden of een geldboete van de derde categorie (€ 7.600).

Met betrekking tot overtreding van de reclamevoorschriften volgt uit de Beleidsregels bestuurlijke boeten Geneesmiddelenwet dat deze niet aan het OM worden voorgelegd. Dit heeft te maken met het gegeven dat er grote commerciële voordelen zijn gemoeid met overtreding van de reclameregels, waardoor het gewenst is deze overtredingen met hoge boetes te bestraffen. De geldboete van de derde categorie (€ 7.600) wordt voor dat doel niet toereikend geacht.

Voor de gedragingen die een economisch delict zijn, geldt dat deze als strafbaar feit worden aangemerkt en rechtstreeks aan het OM worden voorgelegd. De bijzondere bepaling hieromtrent in artikel 103 Geneesmiddelenwet is vervallen met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van de Awb en sindsdien wordt de samenloop met strafrechtelijke vervolging afgehandeld via het algemene artikel 5:44 Awb.

Omdat zowel de IGZ als het OM partij is bij de handhaving van de Geneesmiddelenwet (overigens, voor het gehele terrein van de volksgezondheid) is het noodzakelijk dat het OM en de IGZ met elkaar samenwerken. Daarom is er een ‘Samenwerkingsprotocol Volksgezondheid tussen de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en het Openbaar Ministerie (OM)’ opgesteld. Dit samenwerkingsprotocol ziet op a. de samenwerking tussen beide contractspartners waar het gaat om samenloop tussen toezicht en opsporing, de informatie- en deskundigenuitwisseling, b. de wijze waarop de IGZ invulling geeft aan de aan haar toebedeelde opsporingstaak en c. het invullen van de gezags- en toezichtsrol van het OM ten aanzien van de opsporing door de IGZ.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 23 959, nr. 3, p. 20.

3.1.3 Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv)

3.1.3.1 Inleiding

Op grond van de Wahv kunnen lichte verkeersovertredingen, waarbij geen schade aan goederen of letsel aan personen is veroorzaakt, met een bestuurlijke boete worden afgedaan.¹⁷ De reden voor de overheveling van deze verkeersovertredingen van het strafrecht naar het bestuursrecht is de grote overbelasting van de strafrechtelijke keten (politie, OM en de rechter). Daarnaast beoogt de Wahv de ineffectiviteit van de tenuitvoerlegging van opgelegde boeten weg te nemen. Sinds de invoering van de Wahv is derhalve een snelheidsovertreding geen ‘strafbaar feit’ meer, maar een ‘gedraging’ en heet de persoon die de gedraging heeft gepleegd geen verdachte, maar ‘betrokkene’.¹⁸

In de bijlage van de Wahv wordt de overtreding van verschillende verkeersregels met een bestuursrechtelijke sanctie bedreigd. Er is sprake van een discretionaire boetebevoegdheid. Het betreft de schending van voorschriften bij of krachtens de Wegenverkeerswet 1994 (WVW), de Provinciewet of de Gemeentewet, die betrekking hebben op snelheid, parkeren, rood licht en overig.¹⁹ Meer specifiek voor wat betreft snelheidsovertredingen wordt een overtreding via de Wahv afgedaan, indien de snelheidsovertreding niet meer dan 30 km/h of 40 km/h (autosnelweg) bedraagt. Bij een grotere snelheidsovertreding wordt de gedraging als een strafbaar feit beschouwd en strafrechtelijk afgehandeld.

De overtredingen worden begaan door natuurlijke personen die de leeftijd van twaalf jaar hebben bereikt, en van wie wordt vastgesteld dat zij een gedraging hebben verricht die valt onder het bereik van de Wahv. Niet alleen bestuurders van motorrijtuigen kunnen verkeersovertredingen plegen, ook fietsers en voetgangers.

Het verantwoordelijk ministerie voor de Wahv is het ministerie van Veiligheid & Justitie. Het orgaan dat bevoegd is tot het opleggen van bestuurlijke boetes, zijn de in de Wahv aangewezen opsporingsambtenaren. Deze ambtenaren zijn bij AMvB aangewezen (art. 3 lid 1 Wahv). Dit AMvB is het Besluit administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften 1994 (Bahv), waaruit kan worden afgeleid dat algemene opsporingsambtenaren uit artikel 141 aanhef en onder b Sv, de onbezoldigde ambtenaren van de Spoorwegpolitie en leden van de Koninklijke Marechaussee gelden als bevoegd tot het opleggen van een bestuurlijke boete op grond van de Wahv. In 2009 zijn in totaal 11.823.239 boetes op grond van de Wahv opgelegd. 10.024.510 boetes hadden betrekking op een snelheidsovertreding of een parkeerovertrading.²⁰

17 A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998, p. 19.

18 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 329, nr. 3, p. 1 en 7.

19 CJIB Jaarbericht 2009, p. 20.

20 CJIB Jaarbericht 2009, p. 20.

3.1.3.2 Vormgeving boetestelsel

Artikel 2 lid 3 Wahv bepaalt dat de maximale op te leggen geldsom voor een overtreding niet meer dan € 340 per gedraging bedraagt. In de bijlage van de Wahv wordt per overtreding aangegeven hoe hoog de op te leggen boete dient te zijn. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën overtreders: bestuurders van motorvoertuigen op meer dan twee wielen, bestuurders van motorvoertuigen op twee wielen, bromfietzers en snorfietzers, fietsers en bestuurders van gehandicaptenvoertuigen met of zonder motor, voetgangers, overige weggebruikers, gezagvoerders/schippers en een ieder. De hoogte van de bedragen is gefixeerd. Dat wil zeggen dat van deze bedragen door de opsporingsambtenaar niet mag worden afgeweken.²¹

In het Bahv zijn geen bepalingen omtrent de hoogte of vormgeving van de boete opgenomen. Ook in de Aanwijzing administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften zijn geen nadere regels te vinden omtrent de hoogte en de vormgeving van de boete.

De Richtlijn voor strafvordering tarieven en feitomschrijvingen voor misdrijven, overtredingen en gedragingen als bedoeld in de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (hierna: de Richtlijn) bevat het transactie- en strafvorderingsbeleid van het OM inzake misdrijven, overtredingen en gedragingen als bedoeld in de Wahv, waarvoor feitomschrijvingen en tarieven zijn vastgesteld. De Richtlijn geeft aan dat in de bijlage een onderscheid wordt gemaakt tussen de feiten die vallen onder de Wahv en dus bestuursrechtelijk worden afgedaan (te herkennen aan de letter 'm' voor de feitcode), feiten die vallen onder bijlage van het Besluit OM-afdoening en die via een strafbeschikking op grond van artikel 257b Sv worden afgedaan (te herkennen aan de letter 'p' voor de feitcode) en feiten die worden afgedaan met een OM-strafbeschikking/transactie (te herkennen aan het symbool * voor de feitcode). Daarnaast zijn er verscheidene bepalingen opgenomen die de strafbeschikkings- en transactiebevoegdheid betreffen. Zo zijn er uitgebreide recidiveregelingen opgenomen ter zake van de feiten die met deze sanctie-instrumenten worden gehandhaafd. De opsporingsambtenaren moeten zich houden aan de gefixeerde bedragen die zijn opgenomen in de Richtlijn en de Tekstenbundel voor misdrijven, overtredingen en Muldergedragingen. Bijzonder is dat ook de rechter zich aan deze fixatie moet conformeren; het staat hem niet vrij zich een oordeel te vormen over de redelijkheid van de verhouding tussen de door de wetgever bepaalde hoogte van deze sancties en de ernst van de gedragingen.²² Het systeem van wettelijk gefixeerde boete bedragen brengt met zich dat de rechter daarvan in beginsel kan en moet uitgaan. Alleen in bijzondere omstandigheden kan de boete, wanneer deze onbillijk of onevenredig

²¹ Hof Leeuwarden 26 november 2007, *VR* 2008, 18.

²² Hof Leeuwarden 7 september 2005, *AB* 2006, 93.

zwaar wordt geacht, worden gematigd op grond van artikel 9 lid 2 aanhef en onder b Wahv.²³

3.1.3.3 Motivering

De sanctie die ten aanzien van de verkeersovertredingen uit de Wahv kan worden opgelegd, is een bestuurlijke boete van maximaal € 340. Ten tijde van de invoering van de Wahv was deze grens f 500. In de Memorie van Toelichting bij de Wahv worden de redenen voor deze beperking door de wetgever uiteengezet. Door de enorme toename van het wegverkeer is het aantal verkeersovertredingen zeer sterk toegenomen. In de aanloop naar de ontwikkeling van de Wahv is in heel West-Europa daarom een trend waarneembaar tot decriminalisering van lichte verkeersovertredingen. Het uitgangspunt is dat tegenover terughoudendheid bij het geven van voorschriften en het plaatsen van verkeerstekens een effectieve handhaving van de resterende verkeersvoorschriften dient te staan.

De voorschriften zelf zijn ethisch neutraal, waardoor overtreding geen ernstige morele blaam op de overtreder werpt. Bovendien gaat het om veelvoorkomende overtredingen van eenvoudige aard. Deze redenen liggen ten grondslag aan een bestuursrechtelijk systeem, waarbij op een eenvoudige en snelle wijze wordt gereageerd op de overtreding. Overtredingen waarbij een sanctie van meer dan f 500 op haar plaats zou zijn, vallen buiten het bereik van dit stelsel. Dat geldt ook voor gedragingen waarbij letsel aan personen of schade aan goederen is aangebracht. Deze gedragingen kunnen vanzelfsprekend niet als niet-ernstig worden beschouwd. De wet sluit met deze keuzes aan bij het toen geldende Besluit politietransactie. Het betreft dezelfde overtredingen (de bijlage bij de Wahv is ontleend aan het Besluit), dezelfde constructie (in de bijlage de overtredingen koppelen aan een vast tarief) en dezelfde eenvoudige afdoening (de rechter is niet betrokken in het proces van boeteoplegging).²⁴

3.1.3.3 Andere sancties

Het uitgangspunt van de Wahv is dat een administratiefrechtelijke sanctie wordt opgelegd. Artikel 2 tweede zin Wahv is ook heel duidelijk: “ingeval een administratiefrechtelijke sanctie wordt opgelegd zijn voorzieningen van strafrechtelijke of strafvorderlijke aard uitgesloten”. Desalniettemin heeft de wetgever met de invoering van de Wet OM-afdoening de mogelijkheid geopend dezelfde feiten door middel van een strafbeschikking, dus strafrechtelijk af te doen. De Aanwijzing administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften maakt echter duidelijk dat bestuursrechtelijke afdoening het uitgangspunt blijft.

Meer specifiek voor snelheidsovertredingen geldt dat deze tot 30 km/h bestuursrechtelijk worden afgedaan via de Wahv (bij overtredingen op auto-

²³ Hof Leeuwarden 26 november 2007, *JWR* 2007, 113.

²⁴ *Kamerstukken II* 1987/88, 20 329, nr. 3, p. 21-22.

snelwegen is deze grens 40 km/h). Overschrijdt de snelheidsovertreding deze drempel, dan verschijnt er een * voor de feitcode. Dit betekent dat er sprake is van een OM-feit en dat voor deze feiten door het CJIB, namens de officier van justitie, een strafbeschikking / transactievoorstel wordt verzonden.

Als sprake is van een samenloop van meerdere overtredingen (bijvoorbeeld negeren rood verkeerslicht, Mulderfeit, en vertonen van gevaarlijk rijgedrag, strafbaar feit), dan is afdoening langs een traject de hoofdregel. Indien zowel de strafrechtelijke als de bestuursrechtelijke weg wordt bewandeld, moet in het proces-verbaal melding worden gemaakt van de opgelegde bestuursrechtelijke sanctie(s). Van deze mogelijkheid dient slechts in uitzonderlijke gevallen gebruik te worden gemaakt. Aan de betrokkene wordt meerdere bestuursrechtelijke sancties opgelegd (maximaal drie om ongewenste cumulatie te voorkomen) of er wordt tegen hem een transactie uitgevaardigd of proces-verbaal opgemaakt of hem wordt een transactie aangeboden.²⁵

Van belang is voorts dat, indien proces-verbaal wordt opgemaakt ter zake van artikel 5 VVV, het niet is toegestaan daarnaast bestuursrechtelijke sancties op te leggen of transactievoorstellen te doen voor feiten die in relatie staan tot het gevaarlijke c.q. belemmerende gedrag op de weg. Anders kan immers een probleem met het ne bis in idem-beginsel ontstaan.²⁶

De Wahv kent vanwege de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke wortels een set van eigen regels die deze gemengde herkomst laten zien. Een goed voorbeeld daarvan is de manier waarop het procesrecht is ingericht. Tegen de Wahv-boete kan de betrokkene in administratief beroep bij de officier van justitie. Vervolgens staat tegen de beslissing van de officier van justitie beroep open bij de rechtbank, sector kantonrechter. Het laatste rechtsmiddel is hoger beroep bij het hoogste rechtscollege in Wahv-zaken: het gerechtshof te Leeuwarden.

3.1.4 Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr)

3.1.4.1 Inleiding

De Awr geeft algemene regels voor een groot aantal belastingen en heffingen, ook ten aanzien van de bestuurlijke boete. De brede reikwijdte blijkt uit artikel 1 lid 1 Awr, waaruit volgt dat deze wet geldt bij de heffing van alle ‘rijksbelastingen’. Dit betekent dat onder meer inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, omzetbelasting, dividendbelasting, motorrijtuigenbelasting, de belasting zware motorrijtuigen, kansspelbelasting, belastingen van rechtsverkeer (de overdrachtsbelasting), assurantiebelasting, kapitaalsbelasting en belastingen

²⁵ Zie paragraaf 1.1 van de ‘Aanwijzing administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (2010A006)’.

²⁶ Zie onder ‘1. Uitgangspunten’ van de Richtlijn.

op milieugrondslag onder de reikwijdte van de Awr vallen. Gelet op de reikwijdte zijn de voorschriften gericht op zowel natuurlijke als rechtspersonen. Op grond van de Awr kan een bestuurlijke boete worden opgelegd. De bestuurlijke boetes vallen uiteen in verzuimboeten en vergrijpboetes. De verzuimboeten werden in het verleden lichte boeten of ordeboeten genoemd. Deze boetes kunnen worden opgelegd als de belanghebbende geen opzet of (grove) schuld verweten kan worden. De verzuimboeten staan opgesomd in artikel 67a tot en met 67ca Awr (paragraaf 1 van afdeling 1) en kunnen worden opgelegd indien niet of het niet-tijdig is voldaan aan de aangifteplicht (art. 67a en 67b Awr), dan wel indien niet of niet-tijdig is voldaan aan de betalingsverplichting (art. 67c Awr).

De vergrijpboeten worden ook wel zware boeten of niet-ordeboeten genoemd (art. 67d - 67f Awr) en zijn gericht op het bestraffen van een handelen of nalaten waarbij sprake is van opzet of grove schuld. Het verwijt dat gemaakt wordt aan een persoon die een vergrijpboete krijgt opgelegd is dus zwaarder dan het verwijt dat wordt gemaakt aan iemand die een verzuimboete krijgt opgelegd.²⁷ Zowel het opleggen van een verzuimboete als het opleggen van een vergrijpboete berust op een discretionaire bevoegdheid van de belastinginspecteur.

Het verantwoordelijke ministerie voor de uitvoering en handhaving van de belastingwetgeving is het ministerie van Financiën. De 'inspecteur' is het bestuursorgaan dat bevoegd is tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Dit is in praktische zin de Belastingdienst. Onbekend is hoeveel boetes zijn opgelegd in 2009. Uit het jaarverslag van de Belastingdienst kan wel worden afgeleid tot welk totaalbedrag bestuurlijke boetes zijn opgelegd.²⁸

Tabel 3.1: Bestuurlijke boetes Awr

(x € 1 mln.)	2009	2008
Vennootschapsbelasting	10,0	7,7
Omzetbelasting	77,2	85,9
Loon- en inkomstenbelasting	17,1	3,2
Motorrijtuigenbelasting	41,3	49,7
Overige belastingen	4,6	7,1
	150,2	153,6

27 L.A. de Bleeck e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 351.

28 Belastingdienst Beheersverslag 2009, p. 52.

3.1.4.2 Vormgeving boetestelsel

De hoogte van de maximale boete is afhankelijk van het soort belasting (aangifte- of aanslagbelasting en het soort overtreding (verzuimboete of vergrijpboete). Het boetestelsel zelf is te vinden in hoofdstuk VIIIA (art. 67a - 67pb) van de Awr. De beboetbare feiten zijn opgesomd in artikel 67a - 67fa Awr. De verzuimboetes zijn weergegeven in de artikelen 67a - 67ca Awr en de vergrijpboetes zijn te vinden in de artikelen 67d - 67f Awr. Voor de *verzuimboeten* gelden maximumboeten die in *absolute* bedragen zijn gesteld. Zo kan de inspecteur wegens het niet of niet-tijdig doen van aangifte van een aanslagbelasting, op grond van artikel 67a Awr, een maximale boete van € 4.920 opleggen. De maximale verzuimboete voor het niet of niet-tijdig doen van aangifte voor een aangiftebelasting bedraagt op grond van artikel 67b Awr € 123. Ten aanzien van de verzuimboete met betrekking tot de aangifte loonbelasting is in het tweede lid van artikel 67b Awr een uitzondering opgenomen: de bestuurlijke boete kan dan oplopen tot € 1.230. Het niet of niet-tijdig voldoen aan de betalingsverplichting (art. 67c Awr) kan een bestuurlijke boete van ten hoogste € 4.920 opleveren. Tot slot is in artikel 67ca Awr het niet voldoen aan een aantal bijkomende verplichtingen bestuurlijk beboetbaar geacht tot een bedrag van € 4.920. De feiten die in dit artikel zijn opgesomd, waren tot 2010 strafbaar gesteld in artikel 68 lid 1 Awr. Het overbrengen van deze feiten van het strafrecht naar het bestuursrecht leidt volgens de wetgever tot een effectievere handhaving van de betrokken verplichtingen.²⁹

De maximale boetes voor de *vergrijp-overtredingen* bedragen een percentage van de niet-geheven of de niet-betaalde belasting. In het eerste lid van de artikelen 67d, 67e en 67f wordt dit percentage op 100 vastgesteld. Artikel 67d Awr omvat de vergrijpboete ten aanzien van de niet, onjuist of niet-volledig doen van een aangifte voor de aanslagbelasting. Van belang is nog het vijfde lid van dit artikel waaruit volgt dat, voor zover de aanslag geheel op gedeeltelijk betrekking heeft op belastbaar inkomen als bedoeld in artikel 5.1 Wet inkomstenbelasting 2001 (box 3 inkomen), de boete ten hoogste 300% bedraagt van de daarover verschuldigde belasting. Eenzelfde bepaling is opgenomen in artikel 67e lid 6 Awr. In dit artikel gaat het om het, aan de schuld of grove opzet van de belastingplichtige te wijten, vaststellen van een te lage aanslag ter zake van een aanslagbelasting.

In afdeling 2 van hoofdstuk VIIIA Awr is het formele boeterecht geregeld. Deze afdeling hangt nauw samen met hoofdstuk 5 van de Awb. Veel regels uit deze afdeling zijn vervallen, omdat zij nu algemeen zijn gecodificeerd in de Awb. Een belangrijke overgebleven bepaling is artikel 67n Awr. Artikel 67n Awr bepaalt namelijk dat geen vergrijpboete *wordt* (geen discretionariteit) opgelegd in geval van 'vrijwillige verbetering' uiterlijk binnen twee jaar nadat de belastingplichtige een onjuiste of onvolledige aangifte heeft gedaan of aangifte had moeten doen.

²⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 32 128, nr. 3, p. 78.

De wet bepaalt alleen de strafmaxima. Om de discretionaire ruimte ten aanzien van de hoogte van de boete in te vullen, heeft de Staatssecretaris van Financiën het BBBB (Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst) opgesteld. In geval van een pleitbaar standpunt of avas legt de inspecteur geen (verzuim- of vergrijp) boete op (§ 4 BBBB). Van een pleitbaar standpunt is sprake indien een door de belanghebbende ingenomen standpunt, gelet op de stand van de jurisprudentie en de heersende leer, in die mate juridisch pleitbaar of verdedigbaar is, dat belanghebbende redelijkerwijs kan menen juist te handelen.

De hoogte van de boete kan ook variëren naarmate sprake is van ‘vrijwillige verbetering’. Van vrijwillige verbetering in de zin van artikel 67n Awr is volgens § 5 van de BBBB sprake indien de belanghebbende vóórdat hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de inspecteur bekend is of zal worden met dat feit, uitdrukkelijk kenbaar maakt aan de inspecteur dat en tot welk bedrag niet of gedeeltelijk niet is betaald. Uitsluitend de vrijwillige verbetering voor vergrijpboeten bij aanslagbelastingen heeft een wettelijke basis. De vrijwillige verbetering voor vergrijpboeten voor zowel de aangifte- als de aanslagbelastingen is beleidsmatig in § 25 geregeld. Uit lid 12 en 13 van deze paragraaf volgt dat indien sprake is van vrijwillige verbetering met betrekking tot een aangiftebelasting de inspecteur geen vergrijpboete oplegt en indien sprake is van inkeer na twee jaar met betrekking tot een aanslagbelasting de inspecteur een vergrijpboete kan opleggen. Inkeer wordt dan eveneens gezien als een strafverlagende omstandigheid.

Bij het opleggen van een boete dient de inspecteur uit te gaan van de percentages en bedragen die vermeld staan in dit besluit, zo schrijft § 6, lid 1, BBBB voor. Het opleggen van een boete is telkens een vorm van straftoemeting. Daarom houdt de inspecteur rekening met omstandigheden die aanleiding geven tot een hogere of een lagere boete dan op grond van de percentages of bedragen van dit besluit kan worden opgelegd. De strafverlagende en strafverzwarende omstandigheden staan in § 7 en § 8. Deze omstandigheden vormen het sluitstuk van de behoorlijke straftoemeting bij bestuurlijke boeten. Belangrijk is nog de volgende opmerking uit § 6, eerste lid, BBBB: “Gelet hierop is de inspecteur bij de uiteindelijke vaststelling van de hoogte van de boete dus niet gebonden aan vaste bedragen of percentages”.

Uit het tweede lid van dezelfde paragraaf volgt dat bij het in aanmerking nemen van individuele omstandigheden een afweging plaatsvindt tussen zowel strafverlagende feiten en omstandigheden als strafverzwarende feiten en omstandigheden. Het resultaat van de afweging zal moeten leiden tot een boete die passend is te achten bij de geconstateerde beboetbare gedraging. Wel volgt uit het volgende lid dat bij de meeste verzuimboeten, vanwege de wijze van oplegging, de individuele getinte straftoemeting eerst in bezwaar aan de orde zal komen. Tot slot is nog het zesde lid van deze paragraaf van belang: “gedragingen van de belanghebbende na het begaan van het beboetbare feit, kunnen ook bij de straftoemeting worden betrokken”.

De strafverlagende omstandigheden worden vermeld in § 7. Het eerste lid bepaalt dat dergelijke omstandigheden kunnen zijn: a. een wanverhouding

tussen de ernst van het feit en de op grond van dit besluit op te leggen of opgelegde boete, of b. verzachtende omstandigheden die hebben geleid tot het beboetbare feit. Bij wanverhouding gaat het om de ernst van de normschending. De normschending moet in verhouding staan tot de sanctie. Bij verzachtende omstandigheden ligt de nadruk op buiten de (directe) invloedssfeer van belanghebbende liggende gebeurtenissen. Er is ook sprake van een strafverlagende omstandigheid wanneer een belastingplichtige tot inkeer komt (art. 67n lid 2 Awr). De vergrijpboete kan in een dergelijk geval worden gematigd tot 10% van het wettelijk maximum (300%) indien een vergrijpboete wordt opgelegd op grond van artikel 67d lid 5 of artikel 67e lid 6 van de Awr. In overige gevallen kan de vergrijpboete worden gematigd tot 30% van het wettelijk maximum. Deze bepaling in § 7 heeft alleen betrekking op aanslagbelastingen. Overigens behoren tot de strafverlagende omstandigheden ook de financiële omstandigheden van de belanghebbende, hoewel dit alleen in bijzondere gevallen tot matiging dan wel vermindering van de boete kan leiden (§ 7, leden 5 - 10, BBBB).

In § 8 van de BBBB is een regeling getroffen voor de strafverzwarende omstandigheden ten aanzien van de vergrijpboeten uit § 25 tot en met § 28. Het verhogen van een verzuimboete op basis van deze paragraaf is niet toegestaan. De enige strafverzwarende omstandigheid die wordt behandeld in § 8 is recidive. Bij recidive kan de vergrijpboete in het geval van grove schuld maximaal verdubbeld worden tot 50%. Een vergrijpboete op grond van artikel 67e lid 6 van de Awr kan bij recidive in geval van grove schuld maximaal worden verdubbeld tot 150%. Recidive bij opzet levert een maximale verdubbeling op tot 100%. Een vergrijpboete op grond van artikel 67d lid 5 of artikel 67e lid 6 Awr, kan bij recidive in geval van opzet maximaal worden verdubbeld tot 300%. De ernst van de te beboeten gedraging kan aanleiding geven de op te leggen vergrijpboete te verhogen tot het wettelijk maximum. Hiertoe is in elk geval aanleiding indien sprake is van listigheid, valsheid of samenspanning. Indien het gevolg van het te beboeten gedrag is dat de belasting die te weinig is of zou zijn geheven dan wel betaald verhoudingsgewijs omvangrijk is, kan de inspecteur de vergrijpboete eveneens tot het wettelijk maximum verhogen. In het laatste lid van § 8 is nog een algemene bepaling opgenomen: “buiten de voorgaande leden kan er aanleiding zijn een vergrijpboete te verhogen, dan wel een vermindering van een vergrijpboete te beperken of na te laten op grond van de persoonlijke omstandigheden van belanghebbende of de wijze waarop, dan wel de omstandigheden waaronder, het feit heeft plaatsgevonden”.

§ 15 treft een regeling voor het geval gekozen kan worden tussen verzuimboete, vergrijpboete of strafvervolgning. Een voorbeeld van een geval waarin op een beboetbaar gestelde gedraging zowel een verzuimboete als een vergrijpboete kan worden opgelegd (samenloop), is het niet hebben gedaan van een aangifte voor een aanslagbelasting (art. 67a en 67d Awr). In dergelijke gevallen gelden een aantal voorrangsregels. Indien het opleggen van een vergrijpboete tot een lager boetebedrag voor hetzelfde feit zou leiden dan het opleggen van een verzuimboete, kiest de inspecteur voor het opleggen van de

hogere verzuimboete. Een eenmaal opgelegde verzuimboete sluit het opleggen van een vergrijpboete voor hetzelfde feit uit (art. 5:43 Awb). Het opleggen van een vergrijpboete sluit het nadien opleggen van een verzuimboete voor hetzelfde feit uit (art. 5:43 Awb). De mogelijkheid blijft bestaan dat gelijktijdig met de belastingaanslag zowel een verzuim- als een vergrijpboete wordt opgelegd. Deze mogelijkheid doet zich voor indien twee afzonderlijk omschreven beboetbaar gestelde gedragingen zijn geconstateerd.

Vanaf § 21 tot en met § 37 wordt per type overtreding aangegeven op welk bedrag of percentage de boete wordt vastgesteld. In § 21 wordt bijvoorbeeld de hoogte van de bestuurlijke boete ten aanzien van de aangifteverzuimboete aanslagbelasting geregeld (art. 67a Awr). Uitgangspunt is dat ter zake van een aangifteverzuim een boete wordt opgelegd van € 226. Ter zake van een aangifteverzuim bij de vennootschapsbelasting legt de inspecteur echter een boete op van 50% van het wettelijk maximum. Is er sprake van een tweede achtereenvolgende aangifteverzuim bij de inkomstenbelasting, dan wordt een boete uitgereikt van 20% van het wettelijk maximum. Tot slot wordt bepaald dat, in afwijking van het eerder bepaalde, in uitzonderlijke gevallen een verzuimboete tot het wettelijk maximum kan worden vastgesteld. Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien de belanghebbende stelselmatig in verzuim is.

De systematiek van boetebepaling voor de overige verzuimboetes is vergelijkbaar. Eerst wordt bepaald dat een bepaalde handeling kan worden aangemerkt als een aangifte- of betalingsverzuim. Vervolgens wordt een standaardboete vastgesteld als een bepaald bedrag of percentage van het wettelijk maximum. In bepaalde gevallen geldt de standaard niet. Hiervoor zijn verschillende redenen aan te wijzen: recidive; herstellen van een verzuim kort na het verlopen van de wettelijke termijn zorgt voor vrijwaring van boeteoplegging; voor een bepaalde wet geldt een ander bedrag of percentage; en er kan sprake zijn van een uitzonderlijk geval. In de paragrafen wordt voorts aangegeven of ten aanzien van de overtreding alleen een verzuimboete kan worden opgelegd, of dat het opleggen van een vergrijpboete ook mogelijk is. Wanneer dat laatste zich voordoet, wordt tevens aangegeven hoe moet worden gehandeld.

In het geval van vrijwillige verbetering wordt afgeweken van bovenstaande uitgangspunten. § 24a geeft inhoud aan de wijze waarop de verzuimboete wordt berekend in geval van een zogenaamde suppletie voor aangiftebelastingen. Het uitgangspunt is dat de suppletie alsnog leidt tot een juiste afdracht of voldoening van verschuldigde belasting. Indien sprake is van een vrijwillige verbetering legt de inspecteur a. geen vergrijpboete op, b. geen verzuimboete op indien het belastingbedrag dat ingevolge de vrijwillige verbetering alsnog wordt betaald € 20.000 of minder bedraagt, c. geen verzuimboete op indien het belastingbedrag dat ingevolge de vrijwillige verbetering wordt betaald minder bedraagt dan 10% van het bedrag van de belasting die over het tijdvak/de tijdvakken waarop de vrijwillige verbetering betrekking heeft, eerder per saldo is betaald dan wel terugontvangen of d. in overige gevallen een verzuimboete op van 5% van het wettelijk maximum van artikel 67c lid 1 Awr.

In § 25 worden een aantal algemene opmerkingen gemaakt over de vergrijpboete. Zo wordt een definitie gegeven van de begrippen opzet en grove schuld. Stelregel is dat in geval van grove schuld de inspecteur een boete oplegt van 25% van het wettelijk maximum. In geval van opzet wordt als uitgangspunt een boete van 50% van het wettelijk maximum genomen. Indien sprake is van vrijwillige verbetering of inkeer leidt dit tot geen boete, respectievelijk strafvermindering. Een voorbeeld van de systematiek biedt de vergrijpboete aanslag uit artikel 67d Awr (§ 26 BBBB). Uitgangspunt in § 26 is dat de vergrijpboete wordt berekend over het bedrag van de aanslag. Na deze vaststelling volgen er uiteenlopende regels over hoe deze basis vervolgens moet worden berekend en wat daar wel of niet onder wordt gerekend. Wordt een vergrijpboete opgelegd op grond van artikel 67d lid 5 Awr, dan legt de inspecteur een vergrijpboete op van 150% in geval van opzet. Ook ten aanzien van de andere vergrijpboetes geldt dat met name regels worden gegeven over de vraag hoe de aanslag kan worden vastgesteld.

In het Belastingplan 2010 is een systeem van indexering voor de verzuimboeten van de Awr ingevoerd. De redenen daarvoor zijn de volgende. In de wet is aangegeven wat de maximale hoogte van de desbetreffende verzuimboete is. De bedragen zijn niet geïndexeerd en de hoogte daarvan is sinds 1 januari 1998 ongewijzigd. Dit is opmerkelijk. Indexatie wordt toegepast op de meeste grensbedragen in de fiscaliteit. Ook de geldboeten in bijvoorbeeld het strafrecht worden aangepast aan de ontwikkeling van de consumentenprijsindex. De inflatiecorrectie sedert 1 januari 1998 bedraagt circa 26%. De verzuimboeten zijn dus in relatieve zin (aanzienlijk) gedaald. Om de ongewenste effecten van inflatie op de verzuimboeten uit te schakelen, past het kabinet derhalve een vijfjaarlijkse aanpassing van de maximale hoogte van de verzuimboeten toe. Zoals hiervoor opgemerkt, worden de geldboeten in het strafrecht ook aangepast aan de ontwikkeling van de consumentenprijsindex. Daar is gekozen voor een aanpassing elke twee jaar. Een belangrijk verschil tussen het bestuurlijke boeterecht en het strafrecht is echter dat de strafrechtelijke geldboeten worden opgelegd door een rechter, terwijl de bestuurlijke verzuimboeten in de regel automatisch door het systeem worden opgelegd. Bij de aanpassing van een boete, als deze ten minste een verhoging inhoudt, speelt altijd overgangsrecht. Voor feiten, die zijn begaan vóór de aanpassing, moet immers de ‘oude’, lagere boete worden opgelegd. Om de daarmee gepaard gaande complexiteit in de automatisering beperkt te houden, wordt de aanpassing elke vijf jaar gedaan. De inflatiecorrectie die op de verzuimboeten wordt toegepast, is dezelfde als die wordt voorgeschreven in de Wet inkomstenbelasting 2001. Kort gezegd worden de te vervangen bedragen dus vermenigvuldigd met de daar bedoelde tabelcorrectiefactor en vervolgens afgerond. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de geïndexeerde verzuimboeten maximale boetebedragen zijn. De hoogte van de verzuimboete in een concreet geval is afhankelijk van de individuele omstandigheden en wordt nader ingevuld door de BBBB.³⁰

30 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 128, nr. 3, p. 37.

3.1.4.3 Motivering

Artikel 67a Awr kent een bestuurlijke boete van maximaal € 4.920. Ten tijde van de invoering van de bestuurlijke boete in de Awr was dit bedrag op f 2.500 vastgesteld. De hoogte van het bedrag is door de wetgever gemotiveerd door te wijzen op het belang van de aangifteplicht voor de heffing van de belasting die bij wege van aanslag wordt geheven. Een ordelijk aangiftgedrag van belastingplichtigen is onontbeerlijk voor een doelmatige werkwijze bij de Belastingdienst. Voor de wijziging in 1998 was de boete vastgesteld op een verhoging van 5% van de in de aanslag te begrijpen belasting met een minimum van f 5 en een maximum van f 1.000. Vanaf 1998 geldt geen percentage meer, maar een vast bedrag.³¹

De betekenis van de aangifte voor de aangiftebelastingen is, in verhouding tot die voor de aanslagbelastingen, bescheiden. In verreweg de meeste gevallen dat er iets valt aan te merken op de nakoming van de aangifteverplichting is er sprake van een nalatigheid van betrekkelijk geringe ernst. Op dergelijke overtredingen van geringe ernst ziet artikel 67b Awr. De belastingbedragen welke op aangifte dienen te worden voldaan of afgedragen kunnen zeer groot zijn. Gezien de betrekkelijk geringe ernst van het verzuim uit artikel 67b Awr is de wetgever van mening dat het niet juist lijkt een percentage van het aan te geven belastingbedrag ten grondslag te leggen aan de boeteberekening. Vandaar een maximale boete van f 250 (omgerekend naar euro's € 123, in 2011 bestaat dus nog altijd dezelfde maximale boetehoogte).³²

In artikel 67c Awr gaat het om een betalingsverzuim zonder opzet of grove schuld. Bij de aangiftebelastingen kan het soms gaan om grote bedragen: met name de totale afdrachten en voldoeningen per maand en kwartaal kunnen zeer omvangrijk zijn. Vertragingen in de betalingen zijn niet alleen hinderlijk voor de ordelijke en doelmatige werkwijze van de Belastingdienst en een goede bewaking van de belastingontvangsten van het Rijk, maar brengen al gauw aanzienlijke renteontvangsten voor het Rijk met zich. Tegen deze achtergrond dient de boete, volgens de wetgever, op een voldoende hoog bedrag te worden gesteld. Enerzijds om te voorkomen dat men door te laat betalen voordeel verkrijgt en anderzijds om te bereiken dat van de boete voldoende prikkel uitgaat voor belasting- en inhoudingsplichtigen om hun betalingsverplichting na te komen. Dit leidt tot een boete van f 10.000 (omgerekend in euro's € 4 920; hetzelfde bedrag dat in 2011 als maximale boete kan worden opgelegd). Met deze maximale boete moet in de praktijk flexibel worden omgegaan, omdat er ook nog genoeg voorbeelden bestaan van overtredingen die een kleine betalingsplicht inhouden. Voorkomen moet worden dat er een wanverhouding

³¹ *Kamerstukken II 1993/94*, 23 470, nr. 3, p. 39-40.

³² *Kamerstukken II 1993/94*, 23 470, nr. 3, p. 41.

ontstaat tussen het financiële belang van de wetsovertreding en de daarop te stellen boete.³³

In artikel 67d Awr wordt in 1998 de 100%-boete geïntroduceerd. Deze 100% is gekopieerd van de voorheen bestaande regeling van de 100%-verhoging. De rechtsgrond voor de boete is in wezen dat de met opzet of grove schuld begane gedragingen het gevaar in zich dragen dat te weinig belasting zal worden geheven. Het in gevaar brengen van de juiste belastingheffing geschiedt niet alleen door het onjuist of onvolledig doen van de aangifte, maar doet zich, naar de mening van de wetgever, net zo goed voor indien met opzet of grove schuld geen aangifte wordt gedaan. Bepaalde personen doen namelijk opzettelijk geen aangifte om te voorkomen dat men beticht zou kunnen worden van het doen van valse aangifte. Het is daarom wenselijk in deze gevallen een 100%-boete te kunnen opleggen. Voor het kunnen opleggen van een in de Awr geregelde 100%-boete wordt van de boete-inspecteur verlangd dat hij de aanwezigheid van opzet of grove schuld bewijst.³⁴ De gedachten van de wetgever over artikel 67e Awr zijn vergelijkbaar met de zojuist behandelde gedachten over artikel 67d Awr.³⁵

Bij wetswijziging van 1998 is ook de inkeerregeling opgenomen (art. 67n Awr). De Commissie Van Slooten (adviescommissie) deed de aanbeveling dat een belastingplichtige er niet van moet worden weerhouden alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen doordat de consequentie daarvan zou zijn dat hij toch een boete krijgt. De wetgever stond positief tegenover dit voorstel (achterwege laten boete bij inkeer), maar meent dat een onbeperkte inkeerregeling niet de meest optimale oplossing is. De wetgever is van mening dat indien het gedrag geheel strafeloos blijft daardoor een onevenwichtigheid optreedt. Enerzijds zou het gevolg van een onbeperkte inkeerregeling kunnen zijn dat een aantal belastingplichtigen vanwege het behalen van rentewinsten geneigd zal zijn het met de aangifte- en betalingsverplichting niet al te nauw te nemen. Anderzijds zouden belastingplichtigen van wie aanstonds wordt geconstateerd dat zij met een aangifte of met een betaling te laat zijn geweest, ten opzichte van de eerstbedoelde groep in een ongunstiger positie kunnen komen. Tegen deze achtergrond is de aanbeveling van de Commissie overgenomen in die zin dat wel een inkeerregeling is opgenomen, maar wel zodanig dat het opleggen van een vergrijpboete bij een vrijwillige verbetering buiten toepassing blijft, terwijl de mogelijkheid wordt opgehouden voor het opleggen van een verzuimboete.³⁶

Artikel 67f Awr regelt de vergrijpboete wegens schending van de betalingsverplichting. Dit artikel is in de plaats getreden van de regeling van de 100%-verhoging. Deze grens van 100% is in dit geval van bijzonder belang.

³³ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 42.

³⁴ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 44-45.

³⁵ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 45-46.

³⁶ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 17-18.

De wetgever betoogt dat voorkomen moet worden dat belastingplichtigen en inhoudingsplichtigen die zeer grote bedragen moeten betalen, en die daarom ook bij een betrekkelijk korte overschrijding van de wettelijke betalingstermijn belangrijke rentevoordelen kunnen genieten, in de verleiding komen hun betalingsgedrag hieraan aan te passen. Zij zouden onder omstandigheden de verzuimboete van f 10.000 voor lief kunnen nemen om een groter bedrag aan rentevoordeel te behalen, waardoor verhoudingsgewijs een groot rentenadeel voor de schatkist ontstaat. In die gevallen is de oplegging van een vergrijpboete tot ten hoogste 100% van de belasting dan ook gerechtvaardigd.³⁷

In het Belastingplan 2010 is een aantal bestuurlijke boetes verhoogd. Zo is de verzuimboete wegens het niet, niet tijdig of niet volledig doen van aangifte voor een aanslagbelasting (art. 67a Awr) verhoogd van € 1.134 (f 2.500) naar € 4.920. Dit betekent een verviervoudiging van het wettelijk maximum. Deze verhoging is, naar de mening van de wetgever, alleen al gerechtvaardigd om het gelijke gewicht van aangifteverzuimen en betalingsverzuimen tot uitdrukking te brengen.

3.1.4.4 Andere sancties

Strafrecht

In de artikelen 68 en 69 Awr is een aantal strafbare feiten opgenomen. De overtredingen zijn opgenomen in artikel 68 en de misdrijven in artikel 69. Voorbeelden van de overtredingen uit artikel 68 Awr zijn: het niet, onjuist of onvolledig verstrekken van inlichtingen, gegevens of aanwijzingen; het niet voeren van een administratie overeenkomstig de daaraan bij of krachtens de belastingwet gestelde eisen en het niet bewaren van boeken, bescheiden of andere gegevensdragers. De maximale straf ten aanzien van deze feiten is een hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de derde categorie.

Artikel 69 Awr stelt ook het opzettelijk niet of niet tijdig doen van een bij de belastingwet voorziene aangifte strafbaar. De strafbedreiging is hechtenis van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie of, indien dit bedrag hoger is, ten hoogste eenmaal het bedrag van de te weinig geheven belasting.

In het derde lid van artikel 69 Awr is een inkeerregeling opgenomen. Het betreft een genuanceerde inkeerregeling, net als bij de bestuurlijke boetes. Dat wil zeggen dat vrijwillige verbetering ertoe leidt dat degene die een als vergrijp of misdrijf te kwalificeren feit heeft begaan niet meer bestuurlijk kan worden beboet, respectievelijk worden gestraft, met de sanctie welke op de laakbare gedraging is gesteld in verbinding met een als opzet of grove schuld omschreven schuldverband. Wel dient het mogelijk te blijven de inbreuk op de ordelijke belastingheffing als een ordedelict te behandelen, waarop bestuursrechtelijk

³⁷ *Kamerstukken II 1993/94*, 23 470, nr. 3, p. 45.

een verzuimboete kan worden gesteld, dan wel strafrechtelijk de sanctie van de in artikel 68 Awr omschreven overtredingen.³⁸

Het vierde lid van artikel 69 Awr bepaalt tot slot dat indien het feit zowel valt onder een van de bepalingen van artikel 68 Awr als die onder die van artikel 225 lid 2 Sr, strafvervolgning op grond van artikel 225 lid 2 Sr is uitgesloten. De wetgever beargumenteert dit artikel als volgt. Er wordt in de rechtspraak van de Hoge Raad geen specialiteitsverhouding gegeven tussen artikel 69 Awr en artikel 225 lid 2 Sr. Het gevolg is dat het OM kan kiezen de vervolging van belastingfraude te baseren op artikel 225 lid 2 Sr. Beide bepalingen verschillen echter van elkaar: het betreft enerzijds de voorkoming van benadeling van de fiscus en anderzijds de voorkoming van benadeling die ontstaat door gebruik van vervalste geschriften in het algemeen. Bovendien doet een op artikel 225 lid 2 Awr gebaseerde vervolging ook geen recht aan de bijzonderheden van het fiscale strafrecht, zoals de inkeerregeling en de rol van de fiscus in de vervolging. Dit alles leidt tot de conclusie van de wetgever dat de vervolging van fiscale zaken niet op grond van genoemd artikel uit het Wetboek van Strafrecht behoort te kunnen plaatsvinden.³⁹

Naast vervolging op grond van artikel 86 of 69 Awr is vervolging op basis van het commune strafrecht ook mogelijk. Daarbij moet met name gedacht worden aan vervolging op basis van Titel XII van het Tweede Boek Sr: ‘Valsheid in geschriften, opgave van onware gegevens en schending van de verplichting gegevens te verstrekken’.

Bij de herziening van de Awr in 1998 is ook de positie van het strafrecht veranderd. Van belang was een beter onderscheid aan te brengen tussen beboetbare en strafbare feiten.⁴⁰ Daarom is er toen onder meer een una-via bepaling in de wet opgenomen. Deze is ondertussen, met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van de Awb, vervallen. De volgende opmerkingen in de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de belastingwetgeving zijn echter nog steeds relevant. Allereerst staat ten aanzien van de lichtere overtredingen alleen de bestuursrechtelijke weg nog open. Voor deze overtredingen is de keuzemogelijkheid vervallen. Aldus is erin voorzien dat op deze feiten slechts een sanctiestelsel van toepassing is. Voor de ernstigere wangedragingen bestaat er in de wet meer dan een grondslag voor sanctionering, maar van belang is dat door de una-via bepaling (eerste in de Awr, nu in de Awb) een definitieve keuze moet worden gemaakt, waardoor een dubbele bestraffing voor hetzelfde feit niet mogelijk is. Voorts is de wetgever van mening dat strafvervolgning ter zake van overtreding van de bepalingen van de Awr slechts in aanmerking komt in geval sprake is van ernstige belastingfraude.⁴¹ Strafvervolgning ter zake van een misdrijf moet derhalve zijn beperkt tot de gevallen waarin de gedraging klaarblijkelijk is gericht op de benadeling van de schatkist. Dit is in de wet uit-

38 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 128, nr. 3, p. 57-58.

39 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 24.

40 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 8.

41 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 20.

gedrukt met de formule (art. 69 Awr): ‘indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven’.

De leden 6 tot en met 8 van § 15 van de BBBB schrijven voor hoe gehandeld dient te worden bij samenloop met het strafrecht. In lid 6 wordt het wettelijke regime van artikel 5:44 Awb herhaald. Vervolgens wordt in lid 7 het systeem van artikel 243 lid 2 Sv behandeld. Het opleggen van een bestuurlijke boete aan belanghebbende sluit in beginsel strafvervolgning tegen hem ter zake van hetzelfde feit uit. Op grond van het zojuist genoemde artikel uit het Wetboek van Strafvordering blijft het echter mogelijk een zaak te heropenen, indien bij nader inzien blijkt dat zij te ernstig is om bestuurlijk te worden afgedaan. Er moet dan sprake zijn van nieuwe bezwaren in de zin van artikel 255 Sv. Dit alles betekent, volgens de BBBB, dat de inspecteur het opleggen van de vergrijpboete aanhoudt zodra hij weet dat een gedraging onderwerp is of kan zijn van een opsporingsonderzoek dan wel van een strafrechtelijke vervolging. Indien de termijn dreigt te verstrijken waarbinnen de belastingaanslag en de boetebeschikking moeten zijn opgelegd, treedt de inspecteur tijdig in overleg met de contactambtenaar om te bepalen of er definitief voor strafrechtelijke afdoening wordt gekozen dan wel of er alsnog een vergrijpboete wordt opgelegd.

In de Aanwijzing ontneming wordt door het OM kort aandacht besteed aan de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht met betrekking tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 36e Sr). Artikel 74 Awr bepaalt namelijk dat ter zake van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht geen toepassing vindt. Het gaat daarbij om het voordeel van de verdachte dat is verkregen door het plegen van in de fiscale wetgeving strafbaar gestelde gedragingen en dat voordeel bestaat uit het fiscale nadeel van de Belastingdienst. Deze regel geldt overigens zowel als vervolging plaatsvindt op basis van de fiscale strafbepalingen, als wanneer het desbetreffende feitencomplex wordt vervolgd volgens het commune strafrecht. Er zijn verder geen beleidsregels bekend van het OM die nader ingaan op de verhouding tussen de belastingwetgeving en het commune strafrecht.

Naheffing

Ingevolge artikel 20 Awr kan de inspecteur, indien belasting die op aangifte behoort te worden voldaan of afgedragen geheel of gedeeltelijk niet is betaald, de te weinig geheven belasting naheffen. De naheffing geschiedt bij wege van naheffingsaanslag, die wordt opgelegd aan degene die de belasting had behoren te betalen, dan wel aan degene aan wie ten onrechte, of tot een te hoog bedrag, vrijstelling of vermindering van inhouding dan wel teruggaaf is verleend. In gevallen waarin ten gevolge van het niet naleven van bepalingen van de belastingwet door een ander dan de belastingplichtige, onderscheidenlijk de inhoudingsplichtige, te weinig belasting is geheven, wordt de naheffingsaanslag aan die ander opgelegd. Deze naheffing vindt plaats naast het opleggen van de bestuurlijke boete waarbij de hoogte van de ene sanctie de hoogte van de andere sanctie niet beïnvloedt.

3.1.5 Wet arbeid vreemdelingen (Wav)

3.1.5.1 Inleiding

De Wav regelt de toelating van vreemdelingen tot de Nederlandse arbeidsmarkt. De wet bevat een bestuurlijke boetebevoegdheid in artikel 19a lid 1: “een daartoe door Onze Minister aangewezen [...] ambtenaar legt namens hem de bestuurlijke boete op aan degene op wie de verplichtingen rusten welke voortvloeien uit de Wav, voorzover het niet naleven daarvan is aangeduid als een overtreding”. De overtreding is het niet naleven van onder meer artikel 2 lid 1 Wav. Artikel 2 lid 2 Wav verbiedt de werkgever een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Dit voorschrift richt zich tot een ieder die als ‘werkgever’ in de zin van artikel 1 onder b Wav optreedt. Een werkgever is degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten dan wel de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten.⁴² Het verantwoordelijke ministerie voor het arbeidsmarktbeleid is het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Een belangrijke doelstelling van het beleid van het ministerie van SZW is de bevordering van de arbeidsparticipatie. Een van de instrumenten die bijdraagt aan het realiseren van deze doelstelling is de Wav, waarmee gewaarborgd wordt dat het Nederlandse, en daarmee gelijkgestelde arbeidsaanbod, prioriteit krijgt bij de vervulling van vacatures.⁴³ De bestuurlijke boetebevoegdheid wordt, op grond van artikel 1.1 lid 1 aanhef en onder e van de Aanwijzingsregeling toezichthoudende ambtenaren en ambtenaren met specifieke uitvoeringstaken op grond van de SZW-wetgeving, uitgeoefend door de Arbeidsinspectie (AI), dat als onderdeel van het ministerie van functioneert. In 2009 is 2.242 keer een bestuurlijke boete opgelegd voor overtredingen van de Wav.⁴⁴

3.1.5.2 Vormgeving boetestelsel

Artikel 19d lid 1 Wav bepaalt dat de maximale hoogte van een bestuurlijke boete € 11.250 bedraagt indien de overtreding begaan is door een natuurlijk persoon, en € 45.000 indien de overtreding begaan is door een rechtspersoon. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt naar type overtreders. De maximale boetehoogte is voor een rechtspersoon dus hoger dan voor een natuurlijk persoon (€ 45.000 tegenover € 11.250).

In het tweede lid van hetzelfde artikel een recidivebepaling opgenomen: “onverminderd het eerste lid verhoogt de aangewezen ambtenaar [...] de op te leggen bestuurlijke boete met 50%, indien op de dag van het constateren van de overtreding nog geen 24 maanden zijn verstreken nadat een eerdere over-

⁴² http://www.arbeidsinspectie.nl/onderwerpen/_arbeidsmarkt/arbeid_door_vreemdelingen/index.aspx...

⁴³ Algemene instructie Handhaving Wet arbeid vreemdelingen van de Arbeidsinspectie, p. 1.

⁴⁴ Jaarverslag Arbeidsinspectie 2009, p. 30.

trekking bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting is geconstateerd en de bestuurlijke boete wegens de eerdere overtreding onherroepelijk is geworden”. Bij herhaalde recidive komt het strafrecht in beeld (art. 19c Wav). Tot slot schrijft de wet in het derde lid van artikel 19d Wav voor dat de minister (van SZW) beleidsregels dient vast te stellen waarin de boetebedragen voor de overtredingen wordt vastgesteld.

Artikel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2010 (hierna: de Beleidsregels) bepaalt dat bij de berekening van een bestuurlijke boete voor alle overtredingen de normbedragen die zijn neergelegd in de ‘Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen’ als uitgangspunt worden gehanteerd. Het boetenormbedrag inzake overtreding van artikel 2 lid 1 Wav is volgens de Tarieflijst € 8.000.

Voor de natuurlijk persoon als werkgever wordt in beginsel de bestuurlijke boete vastgesteld op de helft van het boetenormbedrag uit de Tarieflijst (art. 2 van de Beleidsregels). Indien de overtreding van artikel 2 lid 1 Wav begaan is door een rechtspersoon kan tevens een bestuurlijke boete worden opgelegd aan de opdrachtgevers/feitelijk leidinggevers (art. 5:1 lid 3 Awb). Als uitgangspunt voor de berekening van de op te leggen bestuurlijke boete wordt in dat geval, op grond van artikel 3 van de Beleidsregels, als norm gehanteerd: 0,5 maal het boetenormbedrag. Artikel 5 van de Beleidsregels geeft aan dat de op te leggen boete is samengesteld uit de som van de per beboetbaar feit berekende boetebedragen.

In de artikelen 7 tot en met 10 van de Beleidsregels wordt een aantal redenen voor boetematiging gegeven. Matigingsgronden specifiek ten aanzien van de overtreding van artikel 2 lid 1 Wav zijn genoemd in de artikelen 8, 9 lid 1, en 10 van de Beleidsregels. Artikel 8 van de Beleidsregels bepaalt dat bij de tewerkstelling van een kennismigrant, waarvoor nog geen verblijfsvergunning is aangevraagd, maar wel aan alle overige voorwaarden voor de tewerkstelling is voldaan, de bestuurlijke boete wordt gematigd tot € 1.500 per overtreding. Ingevolge artikel 9 lid 1 Beleidsregels wordt bij een overtreding van artikel 2 lid 1 Wav, waarbij sprake is van tewerkstelling van een vreemdeling in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening en waarbij de betrokken dienstverlener alsnog volledig melding doet van de desbetreffende arbeid, de bestuurlijke boete gematigd tot € 1.500. Tot slot geeft artikel 10 een matigingsgrond, namelijk in het geval dat de werkgever kan aantonen dat hij zich redelijkerwijze in voldoende mate heeft ingespannen om een overtreding te voorkomen. De bestuurlijke boete wordt dan gematigd tot € 4.000 voor een rechtspersoon en € 2.000 voor een natuurlijke persoon per overtreding.

3.1.5.3 Motivering

Bij de invoering van de bestuurlijke boete was het kabinet van mening dat met de bestuurlijke boete sneller en efficiënter werkgevers die vreemdelingen

illegaal te werk stellen konden worden aangepakt.⁴⁵ De boetehoogte is rechtstreeks overgenomen van de boete die voor de introductie van de bestuurlijke boete in de Wav kon worden opgelegd. Destijds gold op grond van de WED een maximale boete van € 11.250 voor een natuurlijk persoon en € 45.000 voor een rechtspersoon.

De bestuurlijke boete bood een snellere mogelijkheid om een boete op te leggen. Bovendien bleek de gemiddelde boete voor illegale tewerkstelling slechts € 984 te bedragen. De lange tijd tussen de constatering van de overtreding en de sanctionering en de hoogte van de sanctionering van de boete leidden ertoe dat werkgevers onvoldoende geprikkeld werden zich te onthouden van het illegaal tewerkstellen van vreemdelingen. Aanscherping van het strafvorderingsbeleid was daarom niet voldoende: een lik-op-stuk-beleid, inclusief een forse verhoging van het boetebedrag, werd gezien als geschikte oplossing voor de geconstateerde problemen.⁴⁶

Hoewel de maximale boetehoogten (€ 45.000 en € 11.250) overeen komen met de strafmaat die de WED stelde, was het uitdrukkelijk de bedoeling van het kabinet om de op te leggen bestuurlijke boetes aanzienlijk hoger te doen zijn dan de strafrechtelijke boetes die gemiddeld € 984 bedroegen per overtreding van artikel 2 Wav. Ten tijde van de behandeling van het wetsvoorstel dacht het kabinet aan een boetebedrag van € 3.500 per illegaal te werk gestelde vreemdeling indien geen sprake is van verzwarende omstandigheden. Met deze verhoging (van € 984 per overtreding naar € 3.500) wilde het kabinet in de eerste plaats illegale tewerkstelling verder ontmoedigen. Verhoging van de boetes is daarvoor een belangrijk middel. In de tweede plaats zou met deze boete het financiële voordeel dat werkgevers genieten, worden ontnomen. Illegaal verblijvende vreemdelingen zijn immers niet sociaal verzekerd en er bestaat (voor de werkgever) dan ook geen verplichting tot het betalen van premies. Het kabinet acht het onwenselijk dat de werkgever dit voordeel behoudt. Bovendien kan illegale tewerkstelling gepaard gaan met onderbetaling van de vreemdeling, waardoor de arbeidskosten van de werkgever aanzienlijk minder zijn. Niet alleen de vreemdeling is hiervan de dupe, maar ook de collega-werkgevers die wel de desbetreffende regelgeving naleven. Een hogere boete is dan tevens een middel om de verstoorde concurrentieverhoudingen recht te zetten.⁴⁷

In de Nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen wordt door de staatssecretaris van SZW nog kort ingegaan op de door het kabinet gewenste boete van minimaal € 3.500 voor overtreding van artikel 2 Wav. De Staatssecretaris geeft aan dat de precieze boetebedragen in overleg met het OM worden vastgesteld en vervolgens in beleidsregels worden neergelegd. Daarbij wordt meegewogen hoe de boete op het niet naleven

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 1.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 2-3.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 6.

van de Wav zich verhoudt tot de sancties op andere overtredingen en welke boetebedragen de strafrechter als passende sanctie accepteert. In deze beleidsregels zal ook rekening worden gehouden met het evenredigheidsbeginsel.⁴⁸ Uiteindelijk werd in de beleidsregel (en dat is nog steeds de norm) het boetenormbedrag inzake overtreding van artikel 2 Wav, vastgesteld op € 8.000.

In de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen is niet gekozen voor invoering van de systematiek van een gedeeltelijk voorwaardelijke boete. Het kabinet vindt dit allereerst niet in overeenstemming met het beoogde lik-op-stuk-beleid en daarnaast is het kabinet van mening dat dit in het voorgestelde systeem niet nodig is. De bedoeling van een voorwaardelijke straf is het hebben van een stok achter de deur om recidive te voorkomen. Dat effect wordt echter reeds bereikt door de verhoogde boete bij het herhaald niet naleven van de Wav-verplichtingen. Het gedeeltelijk opleggen van een boete zou afbreuk doen aan het effect van de fors hogere boetes die het kabinet voor ogen had.⁴⁹

De minister van SZW heeft de door hem opgestelde Beleidsregels artikels-gewijs toegelicht. Er is door de minister bewust gekozen geen onderscheid te maken tussen indirect en direct beboetbare feiten. Indien een overtreding van de Wav wordt geconstateerd, wordt direct een boeterapport aangezegd en opgemaakt.⁵⁰ Voor de berekening van de hoogte van de totale boete in de boetebeschikking geldt het beginsel per persoon per beboetbaar feit. De hoogte van de totale boete is niet gemaximeerd. Dit heeft te maken met de doelstelling van de bestuurlijke boete in de Wav: voorkomen en ontmoedigen van illegale tewerkstelling. Werkgevers behalen vaak een aanzienlijk financieel voordeel met illegale tewerkstelling. Dit financiële voordeel neemt niet af naarmate de werkgever meer vreemdelingen illegaal tewerkstelt, zodat om die reden, volgens de minister, niet gemaximeerd hoeft te worden.⁵¹

Ingevolge artikel 10 van de Beleidsregels wordt de boete gematigd tot € 1.500 indien de werkgever kan aantonen dat hij zich zoveel als redelijkerwijs mogelijk is, heeft ingespannen om overtreding van de wet te voorkomen. De minister is van mening dat met toepassing van de matiging tot € 4.000 of € 2.000 aanzienlijk wordt rekening gehouden met de verminderde verwijtbaarheid van de belanghebbende. Aan de andere kant is het gematigde boetebedrag dusdanig hoog, dat geen afbreuk wordt gedaan aan de strenge aanpak van illegale tewerkstelling.⁵²

De toelichting bij de beleidsregels betreffende de verschillende matigingsgronden voegt weinig toe aan datgene wat reeds in de beleidsregels zelf is opgenomen.

Ingevolge artikel 19d lid 4 Wav kan de rechter in (hoger) beroep, in afwijking van artikel 8:69 Awb, de hoogte van de bestuurlijke boete ook ten nadele van de belanghebbende wijzigen. Deze regeling komt overeen met artikel 42

48 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 6, p. 7.

49 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 6, p. 10.

50 Toelichting bij art. 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen.

51 Toelichting bij art. 5 van de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen.

52 Toelichting bij art. 10 van de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen.

Arbeidsomstandighedenwet 1988. Daarvoor gelden de volgende overwegingen. Het moet de rechter vrij staan om binnen de grenzen van de wettelijke bepalingen een andere boete op te leggen dan die door het bestuursorgaan is opgelegd, als hij meent dat daar (goede) gronden voor zijn. Het bij voorbaat uitsluiten van deze mogelijkheid zou tot gevolg kunnen hebben dat vrijwel elke opgelegde boete aan de bestuursrechter ter beoordeling wordt voorgelegd. De procesgang naar de rechter zou zo kunnen uitlokken tot niet bedoeld gebruik van het recht op vrije toegang tot de rechter. Deze opvatting sluit aan bij het oordeel van de Hoge Raad inzake fiscale boetes in zijn advies van 14 januari 1987.

3.1.5.4 Andere sancties

Ingevolge artikel 19c Wav wordt een overtreding als strafbaar feit aangemerkt, indien tweemaal binnen 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende periodes van ten hoogste 24 maanden een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden. Artikel 19b Wav bepaalt bovendien dat geen bestuurlijk boete wordt opgelegd, indien een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens deze wet, tevens een strafbaar feit als bedoeld in artikel 19c Wav oplevert. Door de wetgever wordt over dit artikel in de Memorie van Toelichting alleen opgemerkt: “Op de hoofdregel dat een gedraging op grond van het voorgestelde artikel 18 een beboetbaar feit oplevert is in het voorgestelde artikel 19c slechts een uitzondering gemaakt en dat betreft recidive”.⁵³

Daarnaast is in artikel 197b Sr de werkverschaffing van illegalen strafbaar gesteld: “Hij die een ander, die zich wederrechtelijk toegang tot of verblijf in Nederland heeft verschaft, krachtens overeenkomst of aanstelling arbeid doet verrichten, terwijl hij weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden dat de toegang of dat verblijf wederrechtelijk is, wordt gestraft met en gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of een geldboete van de vijfde categorie” (€ 67.000). Ook vervolging van artikel 197a (mensen-smokkel) of 197c Sr (werkverschaffing illegalen als beroep of gewoonte) kan samenvallen met een bestuurlijke boete ten aanzien van overschrijding van artikel 2 lid 1 Wav. Over de samenloop met deze artikelen uit het Wetboek van Strafrecht wordt door de wetgever in de Memorie van Toelichting bij de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen niet zoveel gezegd, met uitzondering van de volgende passage: “De SIOD spoort, als bijzondere opsporingsdienst, zware sectoroverschrijdende strafbare feiten binnen het SZW-domein op. Voor het terrein van de Wet arbeid vreemdelingen betekent dit dat de SIOD zich op dit moment richt op de georganiseerde illegale tewerkstelling waarbij samenloop aanwezig is met de artikelen 197a, 197b en/of 197c Sr, premie- en/of fiscale fraude en identiteitsfraude.”⁵⁴

⁵³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 17.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 2.

3.1.6 Tabakswet

3.1.6.1 Inleiding

Met de invoering van de Tabakswet streeft de overheid naar een geleidelijke verbanning van het roken uit de maatschappij. In artikel 11b lid 1 Tabakswet worden de artikelen opgesomd die, bij overtreding, *kunnen* (discretionariteit) worden gehandhaafd met een bestuurlijke boete. Het betreft de artikelen 2, 3, 3a, 3b, 3c, 3e, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 11a en 18. De delicten die achter deze artikelen schuil gaan, hebben met elkaar gemeen dat zij gericht zijn op het ontmoedigen van het roken.⁵⁵ Deze artikelen richten zich bijvoorbeeld op de eisen die aan tabaksproducten en verpakking van die producten worden gesteld (art. 2), op de tabaksreclame (art. 5), roken (art. 7 en 11a) en verkoop van tabaksartikelen (art. 8 en 9).⁵⁶ Deze voorschriften richten zich zowel tot natuurlijke personen als tot rechtspersonen. In het geval dat de overtreding wordt begaan door een natuurlijke persoon die als ondergeschikte zijn taak vervult in dienst van een ander natuurlijk persoon, wordt de boete opgelegd aan diegene in wiens dienstverband de ondergeschikte handelt. In het geval dat de ondergeschikte zijn taak vervult in dienst van een rechtspersoon, wordt de boete opgelegd aan de rechtspersoon.⁵⁷

Het verantwoordelijke departement voor de handhaving van de Tabakswet is het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn & Sport (ministerie van VWS). De boetebevoegdheid wordt opgedragen aan ‘Onze Minister’ (art. 11b lid 1 Tabakswet). De Regeling toezicht naleving Tabakswet wijst echter de ambtenaren van de Voedsel- en Warenautoriteit (VWA) aan als degene die deze bevoegdheid uitoefenen. In 2008 heeft de VWA 367 bestuurlijke boetes opgelegd vanwege overtreding van de Tabakswet.⁵⁸

3.1.6.2 Vormgeving boetestelsel

Artikel 11b Tabakswet bepaalt de maximale boetehoogte, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen overtreding van de artikelen 5 of 5a (€ 450.000) en overtreding van de overige artikelen (€ 4.500). De exacte hoogte wordt bepaald in de bijlage. En tot slot bevat het derde lid van artikel 11b de bepaling dat de overtreding niet met een bestuurlijke boete kan worden afgedaan, indien het bedrag van de bestuurlijke boete aanmerkelijk wordt overschreden door het met de overtreding behaalde voordeel.

De exacte boetehoogte moet dus worden afgeleid uit de bijlage. De bijlage bevat de tarieven voor de overtredingen. De overtredingen zijn ingedeeld in drie categorieën: A, B en C. Onder categorie A vallen de overtredingen door

⁵⁵ <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/roken/roken-ontmoedigen>

⁵⁶ <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/roken/roken-ontmoedigen/tabakswet>.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 23.

⁵⁸ VWA Jaarverslag 2008, p. 32.

fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten, alsmede eigenaren en exploitanten van tabaksverkooppunten, tabaksspeciaalzaken en tabaksautomaten met betrekking tot reclame, sponsoring, gratis uitreiking, en regels gesteld bij AMvB ter uitvoering van een regeling krachtens het EU-verdrag. Overtredingen door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten van de verboden neergelegd in de artikelen 5 en 5a worden bestraft met een boete van € 45.000, bij herhaling binnen een jaar een boete van € 135.000, bij een tweede herhaling binnen drie jaar na de eerste overtreding een boete van € 225.000 en bij een derde herhaling binnen vijf jaar na de eerste overtreding een boete van € 450.000. Andere overtredingen behorend tot categorie A, door eigenaren en exploitanten van tabaksverkooppunten, van tabaksspeciaalzaken, door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten, alsmede overtredingen behorend tot categorie A door eigenaren en exploitanten van tabaksautomaten worden bestraft met een maximum-boete van € 4.500.

Onder categorie B vallen de overtredingen met betrekking tot bedrijfsmatig verstrekken van, in het bijzonder voor minderjarigen bestemde, goederen en diensten, bedrijfsmatig of anders dan om niet aan particulieren verstrekken of met dat doel aanwezig hebben van tabaksproducten op plaatsen waar dit verboden is (verkoopverbod), bedrijfsmatig of anders dan om niet verstrekken van tabaksproducten aan personen jonger dan zestien jaar, verzuimen de mededeling te plaatsen dat niet wordt verstrekt aan personen jonger dan zestien jaar, bedrijfsmatig of anders dan om niet verstrekken van onverpakte sigaretten aan particulieren, kleinverpakking van sigaretten en verstrekken zonder ter hand stelling door een tussenpersoon. Overtredingen behorend tot categorie B worden bestraft met een boete van € 450, bij herhaling binnen een jaar een boete van € 1.350, bij een tweede herhaling binnen drie jaar na de eerste overtreding een boete van € 2.250 en bij een derde herhaling binnen vijf jaar na de eerste overtreding een boete van € 4.500.

Onder categorie C vallen overtredingen met betrekking tot het treffen van maatregelen die voorkomen dat overlast of hinder wordt ondervonden van het roken door anderen (rookverbod). Overtredingen behorend tot categorie C worden bestraft met een boete van € 600, bij herhaling binnen een jaar een boete van € 1.200, bij een tweede herhaling binnen drie jaar na de eerste overtreding een boete van € 2.400 en bij een derde herhaling binnen vijf jaar na de eerste overtreding een boete van € 4.500.⁵⁹

3.1.6.3 Motivering

Voor de wijziging van de Tabakswet in 2002, die resulteerde in de bestuurlijke boete, werd overtreding van deze wet alleen strafrechtelijk gehandhaafd via het stelsel van de WED. De introductie van de bestuurlijke boete wordt met

⁵⁹ Deze boetebedragen zijn per 1 september 2011 verhoogd. Voorheen bedroegen de boetes ongeveer de helft van deze bedragen. De verhoging is doorgevoerd omdat de huidige boetes onvoldoende afschrikwekkend bleken te werken.

verschillende argumenten onderbouwd. Allereerst was het toenmalige kabinetsbeleid gericht op een versterking van de bestuurlijke handhaving.⁶⁰ Handhaving van bestuursrechtelijke wetgeving zou primair de verantwoordelijkheid zijn van de bestuursorganen die met de uitvoering zijn belast. Dit idee van het primaat van de bestuurlijke handhaving heeft tot de ontwikkeling van nieuwe handhavingsinstrumenten geleid, waaronder de bestuurlijke boete. Na het rapport van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten is de regering tot de conclusie gekomen dat diverse geboden en verboden bij of krachtens de Tabakswet voor handhaving door bestuurlijke boeten in aanmerking komen. Overtreding van de voorschriften uit de Tabakswet pleegt in de regel geen letsel aan personen of schade aan goederen toe te brengen, noch een direct gevaar daarvoor op te leveren. Voor een veroordeling door de strafrechter op deze grond is slechts zelden aanleiding. Tevens werd echter geconstateerd dat voor een aantal delicten het strafrecht moeilijk gemist kan worden. De WED blijft daarom van toepassing op de Tabakswet, omdat de meeste overtredingen uit economische motieven geschieden. Een ander argument voor invoering van de bestuurlijke boete was de overbelasting van het strafrechtelijk apparaat. Het OM bleek niet altijd even optimaal te kunnen reageren waar het ging om grote aantallen overtredingen die een aanzienlijke mate van technisch inzicht op het gebied van levensmiddelen en niet-levensmiddelen vereisten. Bovendien verstreek er in de strafrechtelijke handhavingspraktijk tussen het moment van geconstateerde overtreding en uiteindelijke afdoening door een vonnis van de economische politierechter veel tijd. Van een lik-op-stuk-beleid kwam aldus weinig terecht. Invoering van de bestuurlijke boete in de Tabakswet moest dan ook de handhaving van de wet, en de daarop gebaseerde wettelijke voorschriften, versterken.⁶¹

De bijlage kent drie categorieën overtredingen. Deze indeling is reeds bij de invoering van de bestuurlijke boete in de Tabakswet gemaakt. Bij de omschrijving in de bijlage van de verschillende overtredingen is door de wetgever gestreefd naar een zo uitputtend mogelijke opsomming van alle in de praktijk voorkomende handelingen en gedragingen welke strijd opleveren met de artikelen uit de Tabakswet. Daartoe is een beroep gedaan op de Inspectie Waren en Veterinaire Zaken (Inspectie W&V) die met het OM zogenoemde ‘transactielijsten’ heeft opgesteld. Op deze lijsten staat ook de hoogte van het transactiebedrag per soort overtreding genoemd.⁶² De omschreven handelingen en de bijbehorende bestuurlijke boetebedragen zijn aldus geïnspireerd op deze reeds bestaande ‘transactielijsten’.

Per soort overtreding wordt in de bijlage de daarop gestelde bestuurlijke boete vermeld. De hoogte van de boete verschilt al naar gelang de aard en ernst van de overtreding. De maximale boetehoogte bedroeg oorspronkelijk f 10.000. Dit bedrag werd door de wetgever als redelijk gezien, gelet

60 Zie bijvoorbeeld de nota ‘In juiste verhouding’, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 802, nrs. 1-2.

61 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 14-16.

62 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 23.

op de aard en de ernst van de overtredingen die voor afdoening door middel van een bestuurlijke boete in aanmerking komen. Is de overtreding zodanig ernstig dat een hogere boete op haar plaats is, dan dient strafrechtelijke vervolging te worden ingesteld.⁶³

Bij Besluit van 3 september 2002 is de bijlage bij de Tabakswet opnieuw vastgesteld. Nieuw is dat binnen de categorie A twee regimes worden onderscheiden: een voor fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten en eigenaren en exploitanten van tabaksverkooppunten en –speciaalzaken en van tabaksautomaten en een uitsluitend voor fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten. Dit is het gevolg van de introductie van een maximale boete van € 450.000 voor overtreding van het in artikel 11b lid 2 onder a Tabakswet gestelde verbod op reclame en sponsoring, indien begaan door fabrikanten, groothandelaren en importeurs van tabaksproducten.⁶⁴

Bij het bepalen van het nieuwe maximale bedrag hebben, volgens de minister van VWS in de Nota van Wijziging, de volgende overwegingen een rol gespeeld. In de eerste plaats is het maximum gerelateerd aan het in potentie te behalen voordeel door het begaan van een overtreding van de reclamebeperkingen of –voorschriften. De hoge boete kan bovendien behulpzaam zijn als preventief middel, vooral als ondernemingen experimenteren met het aftasten van grenzen. Daarnaast is ook in ogenschouw genomen dat de overtreders, tabaksfabrikanten et cetera, grote, internationale concerns zijn. Voorts is de verwachting dat een hoge maximale bestuurlijke boete de naleving van de onderhavige bepalingen zal bevorderen. Ook heeft de minister gekeken naar de in België sinds 1999 geldende maximale boete. Deze ligt in dezelfde orde van grootte. Ten slotte wordt door de minister opgemerkt dat het voorgestelde maximum voor de bestuurlijke boete geen unicum is. Zo zijn er eveneens hoge maximale boetes mogelijk in de sfeer van de wet- en regelgeving inzake de mededinging, fiscale zaken en de geneesmiddelenreclame.⁶⁵

Artikel 11c lid 2 Tabakswet bepaalt dat de bijlage bij AMvB kan worden gewijzigd. Verhoging van de boetebedragen kan het gevolg zijn van het (gestegen) prijsindexniveau of van de wens om aan de hand van praktijkervaringen ten aanzien van bepaalde overtredingen zwaardere boeten op te leggen. Niet alleen de boetebedragen kunnen veranderen, ook de omschrijving van de handelingen en gedragingen, leidende tot overtredingen, dienen van tijd tot tijd aangepast te worden. Wijzigingen dienen, naar de mening van de wetgever, gemakkelijker door te voeren zijn dan door formele wetswijziging. Wetswijziging is een langdurig proces, hetgeen een slagvaardig openbaar bestuur niet ten goede komt. Het gekozen niveau van regelgeving, AMvB,

⁶³ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 23.

⁶⁴ Nota van Toelichting bij het Besluit van 3 september 2002 tot wijziging van de bijlage bij de Tabakswet, *Stb.* 2002, 469.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 7, p. 25-26.

komt zowel tegemoet aan eisen van rechtszekerheid als aan de vereiste flexibiliteit van de regelgeving.⁶⁶

3.1.6.4 Andere sancties

Civiele vorderingen

Bij de handhaving is een belangrijke plaats ingeruimd voor civiele partijen, die overtreding van de reclame- en sponsoringverboden en -beperkingen kunnen bestrijden door een rechterlijk verbod of een rechterlijk gebod tot verwijdering uit te lokken, al dan niet vergezeld van een aanvullende eis tot openbaarmaking van het veroordelende vonnis.⁶⁷ De algemene figuur van de vordering tot collectieve belangenbehartiging is verankerd in het Burgerlijk Wetboek (BW), met name in artikel 305a van Boek 3 BW, alsmede in de artikelen 240 en 241 van Boek 6 BW. Om de inbedding in de Tabakswet te vereenvoudigen, zijn de essentialia van deze actie eveneens in artikel 5b Tabakswet opgenomen, onder toevoeging van enkele bijzondere bepalingen die de toepassing van de vordering kunnen bevorderen en de effectiviteit ervan kunnen vergroten. De kern van de actie wordt gevormd door de vordering bij de rechter om bepaalde uitingen van tabaksreclame of sponsoring wegens strijd met de geldende voorschriften onrechtmatig verklaard te krijgen. Die vordering mag pas worden ingesteld als voorafgaand overleg met degene die voor de reclame of sponsoring verantwoordelijk is om in der minne tot verwijdering of aanpassing van de gewraakte uitingen te komen, onvruchtbaar is gebleken.⁶⁸ Het derde lid van artikel 5c Tabakswet bevat een opsomming van de meest verstreckende veroordelingen die de rechter op vordering van de eiser ter zake van een dergelijke actie kan uitspreken, namelijk:

- Een verbod van de reclame of de sponsoring.
- Een gebod tot het verwijderen of doen verwijderen van de reclame of de sponsoring.
- Een veroordeling tot het openbaar maken of laten openbaar maken van de uitspraak, zulks op door de rechter te bepalen wijze en op kosten van de door de rechter aan te geven partij of partijen.

Bij deze vorm van handhaving ligt sterk de nadruk op herstel van de rechtmatige toestand. Deze vorm van handhaving kan dan ook cumuleren met de handhaving via punitieve sancties als de bestuurlijke boete of vervolging op de grond van de WED. Deze mogelijke samenloop neemt, naar de mening van de minister, niet weg dat onder omstandigheden in een eerder opgelegd rechterlijk verbod of gebod tot verwijdering aanleiding zou kun-

⁶⁶ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 25.

⁶⁷ *Kamerstukken I* 2001/02, 26 742, nr. 59a, p. 7.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 26 742, nr. 7, p. 24.

nen worden gevonden om af te zien van het opleggen van een bestuurlijke boete of vervolging via de WED.⁶⁹

Strafrecht

Overtreding van de artikelen genoemd in artikel 11b lid 1 Tabakswet kunnen niet alleen bestuurlijk beboet worden; het zijn ook economische delicten in de zin van de WED. Dit betekent dat, ingevolge artikel 2 en 6 WED, schending van deze artikelen een overtreding (hechtenis van een jaar, taakstraf of een geldboete van de vierde categorie) of een misdrijf (gevangenisstraf van zes jaren, taakstraf of een geldboete van de vijfde categorie) oplevert, afhankelijk van het bestaan van opzet bij de overtreder.

De verhouding tussen de bestuursrechtelijke en de strafrechtelijke handhaving wordt door de wetgever als volgt voorgesteld. Handhaving door bestuurlijke boeten kan met gebruik van twee modellen, A en B (Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten). In model A wordt de keuze voor strafrechtelijke vervolging in beginsel uitgesloten, hoewel onder bijzondere omstandigheden de deur op een kier blijft staan. De hoogte van de boete wordt per overtreding in de bijlage van de wet neergelegd. Volgens model B blijven beide wegen open, zij het dat ten aanzien van een bepaalde overtreding niet beide systemen kunnen worden ingezet. Niet de wetgever, maar het bestuur bepaalt welke overtredingen op welke wijze worden afgehandeld. Ook bij de vaststelling van de hoogte van de boete bestaat er de nodige ruimte voor het bestuur.

De regeling in de Tabakswet gaat uit van een mengvorm van beide modellen. In beginsel staat voor het merendeel van de overtredingen zowel de strafrechtelijke als de bestuursrechtelijke weg open (model B). Indien echter wordt gekozen voor de bestuurlijke boete, is de boetehoogte in de bijlage gefixeerd (model A). Er is geen keuzeruimte voor het bestuur indien het voordeel dat met de overtreding wordt behaald, de in de bijlage voorziene boete aanmerkelijk overschrijdt. In dat geval is strafrechtelijke sanctiëring de aangewezen weg (art. 11b lid 3 Tabakswet). Uitgangspunt is dat overtredingen bestuursrechtelijk worden afgedaan volgens de bij de wet gevoegde bijlage. Het gekozen systeem biedt, volgens de wetgever, voldoende rechtszekerheid aan alle betrokkenen en biedt tegelijkertijd de nodige flexibiliteit om te kunnen bepalen op welke wijze een overtreding moet worden gesanctioneerd.⁷⁰

Artikel 11b lid 3 Tabakswet schrijft in een geval strafrechtelijke handhaving voor. Het gaat daarbij om de situatie waarin de in de bijlage ter zake van de overtreding voorziene boete aanmerkelijk wordt overschreden door het met de overtreding behaalde economische voordeel. Deze keuze wordt ingegeven door de wens een adequaat antwoord te kunnen geven op die overtredders welke min of meer berekenen of een bepaalde overtreding financieel de moeite waard is. Bepaalde overtredingen zullen immers, zelfs na aftrek van een ver-

⁶⁹ *Kamerstukken I* 2001/02, 26 742, nr. 59a, p. 7.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 16.

schuldigde bestuurlijke boete, financieel aantrekkelijk zijn om te begaan. Door voor dergelijke overtredingen de strafrechtelijke handhaving voor te schrijven, kan adequaat worden gereageerd op het gedrag van de overtreder. Zo kan het economische voordeel afgeroomd worden (voordeelsontneming) en het bedrijf worden stilgelegd.⁷¹

3.1.7 Wet handhaving consumentenbescherming (Whc)

3.1.7.1 Inleiding

De Wet handhaving consumentenbescherming (2006) geeft invulling aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Verordening inzake samenwerking handhaving consumentenbescherming (Vo 2006/2004). Het doel van deze verordening is het bevorderen van de samenwerking tussen nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de handhaving van wetgeving ter bescherming van de interne markt en de verbetering van de bescherming van de economische belangen van de consument. Het gaat dan onder meer om de volgende onderwerpen: misleidende reclame, oneerlijke handelspraktijken, elektronische handel, algemene voorwaarden, consumentenkrediet, pakketreizen, koop op afstand, prijsaanduidingen en de elektronische handel.⁷² De voorschriften richten zich tot zowel natuurlijke personen als rechtspersonen.⁷³

Ingevolge artikel 2.9 Whc kan een bestuurlijke boete worden opgelegd door de Consumentenautoriteit, indien deze van oordeel is dat er een overtreding heeft plaatsgevonden. Artikel 2.7 Whc maakt duidelijk wanneer er sprake is van een overtreding: “deze paragraaf heeft [...] uitsluitend betrekking op overtredingen van de wettelijke bepalingen, bedoeld in onderdeel b van de bijlage bij deze wet”. Onderdeel b van de bijlage bij de Whc geeft een opsomming van de door de Consumentenautoriteit publiekrechtelijk gehandhaafde regels van consumentenbescherming. Deze regels betreffen de volgende onderwerpen: colportage, elektronische handel, oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, pakketreizen, koop op afstand, prijsaanduidingen en oneerlijke handelspraktijken.⁷⁴ De bevoegdheid van de Consumentenautoriteit strekt verder dan zuiver nationale gevallen. Zij is ook bevoegd op te treden in grensoverschrijdende situaties, waarin de aanbieder in Nederland is gevestigd en de gedupeerde consumenten in een andere lidstaat van de EU woonachtig zijn.⁷⁵

⁷¹ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 24-25.

⁷² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 7.

⁷³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 62.

⁷⁴ Voor een inhoudelijke behandeling van deze verschillende onderwerpen wordt verwezen naar de MvT bij de Whc: *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 17-21.

⁷⁵ Consumentenautoriteit Agenda 2010-2011, p. 5.

De Whc is tot stand gekomen onder verantwoordelijkheid van het ministerie van Economische Zaken, Landbouw & Innovatie (ministerie van EL&I) en wordt uitgevoerd door de Consumentenautoriteit die tot het opleggen van bestuurlijke boetes bevoegd is (art. 2.9 lid 1 Whc). Overigens is de Consumentenautoriteit niet het enige bestuursorgaan dat belast is met de handhaving van de Whc. Behalve de Consumentenautoriteit worden in de Whc namelijk ook de Autoriteit Financiële Markten (AFM), het Commissariaat voor de Media (CvdM), de Inspectie Verkeer & Waterstaat (IVW), de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en de Voedsel en Warenautoriteit (VWA) aangewezen als bevoegde autoriteit om op te treden tegen grensoverschrijdende inbreuken voor zover die betrekking hebben op hun werkteerrein. De Consumentenautoriteit heeft in 2009 in totaal vijf boetes opgelegd wegens schending van de bij of krachtens de Whc gestelde voorschriften.⁷⁶

3.1.7.2 Vormgeving boetestelsel

In artikel 2.15 Whc is de hoogte van de maximale boete vastgesteld op de vijfde categorie geldboete als bedoeld in artikel 23 Sr. Dit is maximaal € 76.000. Voor de overtreding van artikel 8.8 Whc (oneerlijke handelspraktijken) maakt het tweede lid van artikel 2.15 Whc een uitzondering op het bepaalde in het eerste lid; de maximale boetehoogte bedraagt in die situatie € 450.000.

Er zijn geen AMvB's, ministeriële regelingen of beleid(s)regels te achterhalen waar de hoogte en/of vormgeving van de boete nader wordt geregeld. Wel kiest de Consumentenautoriteit een- of tweejaarlijks een aantal aandachtsgebieden waar zij in haar handhavingsbeleid prioriteit aan geeft, zodat zij effectief kan optreden. Dit legt zij vast in een 'Agenda'. Bij aandachtsgebieden gaat het om de aandacht voor een branche of een bepaald type overtreding. De keuze voor de aandachtsgebieden wordt gemaakt aan de hand van de volgende criteria:

- De impact op het consumentenvertrouwen: is een bepaald onderwerp relevant vanuit het oogpunt van herstel of versterking van het consumentenvertrouwen?
- De omvang van de schade voor consumenten: hoeveel consumenten worden er (potentieel) gedupeerd en wat is de schade per consument?
- De impact op de markt: welke impact heeft een bepaalde gedraging op de mate van (eerlijke) concurrentie?

Buiten de aandachtsgebieden en de grensoverschrijdende zaken grijpt de Consumentenautoriteit in als zij ernstige overtredingen op het spoor komt. Bij grensoverschrijdende overtredingen spelen de criteria in beginsel geen rol. De Consumentenautoriteit heeft de plicht om bij verzoeken van toezichthouders uit het buitenland alle nodige handhavingsmaatregelen te nemen die nodig zijn om de overtreding te doen beëindigen of te verbie-

⁷⁶ Consumentenautoriteit Terugblik 2009, p. 26.

den.⁷⁷ Op basis van de criteria is de Consumentenautoriteit tot de volgende thema's voor 2010-2011 gekomen:

1. Oneerlijke handelspraktijken online;
2. Agressieve en misleidende werving;
3. Garantie en non-conformiteit.⁷⁸

Er is geen specifieke regeling te vinden ten aanzien van de vraag of in bepaalde omstandigheden van de voorgeschreven regels kan worden afgeweken. Vanzelfsprekend gelden wel de algemene Awb-bepalingen.

3.1.7.3 Motivering

In de parlementaire geschiedenis is de vraag opgeworpen of de maximale boetes die de Consumentenautoriteit op kan leggen voldoende effectief zullen zijn. Het maximum van de bestuurlijke boete (per overtreding) is ontleend aan artikel 23 Sr (boete van de vijfde categorie). De regering meent dat met dit maximum de boete op een zodanig niveau is gesteld dat daarvan enerzijds een voldoende afschrikkende werking uitgaat en anderzijds er ruimte is voor voldoende maatwerk in het concrete geval waarin een boete wordt opgelegd. Bovendien wordt de effectiviteit van de handhaving, naast de bestuurlijke boete, ook bepaald door de mogelijkheid van het opleggen van een herstelsanctie. De Whc voorziet erin dat naast of in plaats van de bestuurlijke boete de Consumentenautoriteit een last onder dwangsom kan opleggen om een einde te maken aan een bestaande of een dreigende inbreuk op de bepalingen die worden beschermd door deze wet.⁷⁹

Onder het voorheen geldende regime voor overtredingen van de Colportagewet en de Prijzenwet gold een maximumboete van de vierde categorie per overtreding (via de strafrechtelijke handhaving op grond van de WED). Invoering van de Whc betekent dus een verhoging van de boete ten aanzien van dezelfde delicten. De staatsecretaris van Economische Zaken heeft deze keuze gemotiveerd in de Nota naar aanleiding van het verslag. In de WED is in artikel 6 een bepaling opgenomen die bepaalt dat indien de waarde van de goederen waarmee de overtreding is begaan of die door het economisch delict is verkregen hoger is dan het vierde gedeelte van de maximale geldboete die kan worden opgelegd, een geldboete van de naast hogere categorie kan worden opgelegd. Voor de Prijzenwet en de Colportagewet zou dat neerkomen op de vijfde categorie. Krachtens de invoering van de Whc komt de strafrechtelijke handhaving te vervallen omdat overtreding van de Prijzenwet en de Colportagewet niet langer wordt gezien als een economisch delict. In plaats daarvan kan de Consumentenautoriteit een bestuurlijke boete opleggen. Het verdient naar de mening van de staatssecretaris de voorkeur de bestuurlijke boete op

⁷⁷ <http://www.consumentenautoriteit.nl/over-ons/missie-en-kerntaken/werkwijze>

⁷⁸ Consumentenautoriteit Agenda 2010-2011, p. 6.

⁷⁹ *Kamerstukken I* 2006/07, 30 411, C, p. 11-12.

een zodanig niveau te stellen dat daarvan enerzijds een voldoende afschrikwekkende werking uitgaat en aansluit bij de andere bestuursrechtelijke regimes en anderzijds ruimte laat voor voldoende maatwerk in het concrete geval waarin een boete wordt opgelegd. Alles afwegende is besloten de maximumboete te stellen op het bedrag van een boete in de vijfde categorie van artikel 23 Sr. Bovendien moet worden bedacht dan in veel gevallen de opgelegde boete veel lager zal zijn. De Consumentenautoriteit zal bij de bepaling van de hoogte van de boete steeds rekening houden met de omstandigheden van het concrete geval, en bijvoorbeeld kijken naar de aard van de overtreding, de economische gevolgen daarvan en het al dan niet opzettelijke karakter van de overtreding.⁸⁰

3.1.7.4 Andere sancties

Civiele vorderingen

Een groot deel van het consumentenrecht uit verordening 2006/2004 is in Nederland geïmplementeerd in het BW. Handhaving van dit gedeelte van het consumentenrecht vindt plaats via de civiele rechter. Het uitgangspunt van het consumentenrecht is dat de consument zelf een overeenkomst kan sluiten en, indien zijn rechten worden geschonden, nakoming van een overeenkomst kan afdwingen dan wel in voorkomend geval een beroep op schadevergoeding kan doen, eventueel naast ontbinding van de overeenkomst. Voorts is het voor consumentenorganisaties mogelijk om op grond van artikel 305a/305c van Boek 3 van het BW een collectieve actie te starten. Daarnaast bestaan in Nederland verschillende initiatieven tot zelfregulering, die tot doel hebben een betere uitvoering te geven aan de consumentenregels (buitengerechtelijke geschillenbeslechting / tweezijdig vaststellen van algemene voorwaarden). De Consumentenautoriteit is aangewezen als bevoegde autoriteit voor dat gedeelte van het consumentenrecht dat is geïmplementeerd in het BW. Echter, het uitgangspunt blijft dat daar waar consumenten zelf tot een oplossing kunnen komen met bedrijven, publiekrechtelijke handhaving vanuit een oogpunt van subsidiariteit niet aangewezen is. Het is de verantwoordelijkheid van de consument en de handelaar en dienstverlener om zorgvuldig te handelen in consumentenzaken. De Consumentenautoriteit zal alleen dan optreden, indien de collectieve belangen van consumenten worden geschonden en het systeem van civielrechtelijke handhaving niet effectief blijkt te functioneren.⁸¹ Als onwenselijk gedrag van ondernemingen aldus niet meer binnen de individuele relatie consument – onderneming gecorrigeerd wordt en er ook geen correctie door de markt via consumentenorganisaties, bedrijven of zelfregulering plaats vindt, ligt bij een inbreuk op het consumentenrecht met een collectief karakter overheidsoptreden meer voor de hand. Vanwege het feit dat de Consumentenautoriteit opereert in een veld waar ook allerlei private initiatieven actief zijn, dient zij haar activiteiten en inzet van middelen daarop af te stemmen. Kla-

⁸⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 6, p. 25-26.

⁸¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 6.

gende consumenten(organisaties) kunnen er dus niet zonder meer van uitgaan dat daar waar een redelijk vermoeden van niet-naleving van wettelijke regels rijst, de toezichthouder altijd en zonder meer ingrijpt.⁸²

Met de invoering van de Whc wordt bestuursrechtelijk toezicht geïntroduceerd op privaatrechtelijke consumentenregels. In zoverre ontstaat er dan ook een duaal stelsel. Gezien de inhoud van verordening van 2006/2004 is deze keuze onvermijdelijk. De handhaving door de Consumentenautoriteit van de consumentenregels die zijn geïmplementeerd in het BW zal echter via de civiele rechter geschieden. In dit kader is een verzoekschriftprocedure voor de Consumentenautoriteit gecreëerd. Zou voor bestuursrechtelijke handhaving worden gekozen, dan zouden naast de civiele rechter ook de Consumentenautoriteit en – in beroep – de bestuursrechter zich uit moeten laten over begrippen uit het BW. Daar komt bij, dat een bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheid niet onmiddellijk past bij individuele rechtsbescherming tussen consumenten en bedrijven.⁸³

Bestuursrecht

Indien de Consumentenautoriteit van oordeel is dat een (intracommunautaire) inbreuk heeft plaatsgevonden op een van de bepalingen genoemd in onderdeel b van de bijlage, is zij bevoegd om de inbreukmaker een last onder dwangsom op te leggen (art. 2.9 lid 1 aanhef en onder a Whc). Artikel 2.10 Whc verklaart de relevante artikelen uit de Awb hierop van toepassing. De Consumentenautoriteit krijgt overigens niet de bevoegdheid van bestuursdwang. In de Memorie van Toelichting wordt kort stilgestaan bij de herstelsancties. De wetgever benadrukt dat de Whc een herstelsanctie (dwangsom) en een bestraffende sanctie (bestuurlijke boete) kent. Deze kunnen naast elkaar worden opgelegd indien niet alleen een sanctie nodig is om de overtreder te dwingen een inbreuk te staken, maar ook indien de Consumentenautoriteit van oordeel is dat onafhankelijk van de vraag of de inbreuk wordt gestaakt de inbreuk dient te worden gestaakt. Er is bewust voor gekozen geen bestuursdwang aan de Consumentenautoriteit toe te kennen. Het is niet wenselijk dat de Consumentenautoriteit over de (algemene) bevoegdheid van bestuursdwang beschikt.⁸⁴ Waarom dit niet wenselijk is, wordt door de wetgever niet nader toegelicht. De staatssecretaris van Economische Zaken merkt het volgende op over de verhouding tussen bestuurlijke boete en de dwangsom: “Het onderhavige wetsvoorstel voorziet er in dat naast of in plaats van de bestuurlijke boete de Consumentenautoriteit een last onder dwangsom kan opleggen om een einde te maken aan een bestaande of een dreigende inbreuk op de bepalingen die worden beschermd door deze wet. Door middel van beide sancties heeft de Consumentenautoriteit

⁸² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 25.

⁸³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 6-7.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 62-63.

voldoende instrumenten om zorg te dragen voor een evenwichtige handhaving van deze wet”.⁸⁵

De Consumentenautoriteit is op grond van artikel 2.23 lid 1 Whc, bevoegd tot openbaarmaking van:

- Een beschikking omtrent het opleggen van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete.
- Een beschikking dat geen last onder dwangsom of bestuurlijke boete wordt opgelegd.
- De toezegging door de overtreder dat een overtreding zal worden gestaakt.

Deze bevoegdheid vloeit voort uit de verordening 2006/2004 en betreft een discretionaire bevoegdheid. De bevoegdheid tot openbaarmaking is beperkt tot de bestuursrechtelijk te handhaven regels. De Consumentenautoriteit zal zorgvuldig met deze bevoegdheid dienen om te gaan. Dat vloeit in zijn algemeenheid voort uit artikel 3:2 Awb en meer specifiek uit de presumptie van onschuld, zoals neergelegd in artikel 6 EVRM. Die zorgvuldigheid kan bijvoorbeeld tot uitdrukking komen in de toonzetting van de bekendmaking en de vermelding dat nog beroep bij de rechter openstaat. De openbaarmaking van de beschikking inhoudende dat voor de overtreding geen last onder dwangsom en/of bestuurlijke boete zal worden opgelegd, biedt de Consumentenautoriteit enige speelruimte. Als het namelijk meer in het belang is van consumenten om geen last of boete op te leggen, maar een toezegging te verkrijgen van de overtreder de inbreuk te beëindigen, dan kan de Consumentenautoriteit het aanbod doen geen handhavingsmaatregelen te nemen als een toezegging door de overtreder wordt gedaan dat de overtreding zal worden gestaakt. Deze toezegging wordt dan vervolgens wel openbaar gemaakt en is daarmee transparant voor gedupeerde consumenten.⁸⁶ De beschikkingen worden eerst na twee weken openbaar gemaakt, zodat de overtreder de mogelijkheid heeft om in een voorlopige voorziening opschorting van de werking van de beschikking te verzoeken. Deze extra bescherming is niet noodzakelijk indien de overtreder zelf de publiciteit opzoekt of openbaarmaking is overeengekomen.⁸⁷

Strafrechtelijke handhaving

Tot de datum van inwerkingtreding van de Whc bestond voor overtredingen van een aantal bepalingen in de Colportage- en Prijzenwet een systeem van strafrechtelijke opsporing en handhaving door respectievelijk de FIOD-ECD en het OM (WED). De Whc heeft hierin verandering gebracht en voorziet in een bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium.⁸⁸ Toch erkent de wetgever in de Memorie van Toelichting bij de Whc dat er een

⁸⁵ *Kamerstukken I* 2006/07, 30 411, C, p. 11-12.

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 37.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 65.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 38.

verband bestaat tussen de bestuursrechtelijke handhaving van het consumentenrecht en commune delicten uit het strafrecht zoals valsheid in geschrifte en bedrog door de verkoper. De oorspronkelijke wet kende daarom een bepaling die vergelijkbaar was met artikel 5:44 Awb en die met de invoering van de Vierde Tranche van de Awb is vervallen. Het systeem van de Whc gaat er dus van uit dat er een wisselwerking plaatsvindt tussen de Consumentenautoriteit en de officier van justitie in gevallen van samenloop. De wetgever is van mening dat naar (toen) geldende opvattingen over rechtshandhaving het strafrecht slechts in aanmerking komt als andere handhavingvormen – zoals hier bestuursrechtelijke handhaving – tekortschieten. Het consumentenrecht blijft in ieder geval een gemengd stelsel: niet alleen blijft naast bestuursrechtelijk optreden ook civielrechtelijk optreden door consumenten zelf altijd mogelijk, ook blijft het commune strafrecht naast de bestuursrechtelijke handhaving bestaan. Wel kiest de Whc – in de lijn van de Vierde Tranche – voor een systeem van ‘una via’. De keuze voor hetzij bestuursrechtelijke sanctionering hetzij strafrechtelijke sanctionering wordt derhalve op een gegeven moment definitief. Dit heeft twee consequenties: een zaak kan niet eindeloos tussen het OM en de Consumentenautoriteit heen en weer geschoven worden en als blijkt dat een van beide trajecten vruchteloos wordt afgesloten, kan een zaak niet naar het andere traject worden doorgeschoven.⁸⁹

Tussen de Consumentenautoriteit en het College van Procureurs-Generaal bestaat een samenwerkingsprotocol over de wijze van samenwerking bij aan gelegenheden inzake consumentenbescherming. In dit samenwerkingsprotocol wordt bepaald dat er zes-wekelijks overleg plaatsvindt tussen de Consumentenautoriteit en het OM. Tijdens dit overleg wisselen de partijen gegevens uit over zaken waarin er sprake is van samenloop. Samen besluiten zij of een zaak zich leent voor strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving. Daarnaast bevat het protocol nog andere informatie- en samenwerkingsbepalingen, maar geen bepalingen met betrekking tot de hoogte of vormgeving van de boete.

3.1.8 Telecommunicatiewet (Tw)

3.1.8.1 Inleiding

Met de Telecommunicatiewet worden drie doelen nagestreefd. Allereerst wordt beoogd de concurrentiepositie van Nederland te versterken door eersteklas telecommunicatievoorzieningen en toepassingen. Ten tweede wordt beoogd de kwaliteit en de toegankelijkheid van de telecommunicatie-infrastructuur te bewaken. En ten slotte worden maatschappelijke belangen bij de toegang tot en het gebruik van telecommunicatievoorzieningen beschermd.⁹⁰ Deze doelen

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 38.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 2-4.

leiden tot tal van gedragsregels, gericht op frequentiebeleid, nummerbeleid, marktregulering, randapparaten, privacybescherming, consumentenbescherming, universele diensten en veiligheid.⁹¹ Artikel 15.4 lid 2 Tw schept daarbij de bevoegdheid een bestuurlijke boete op te leggen ter zake van overtreding van de bij of krachtens hoofdstuk 6a gestelde voorschriften. Dit zijn voorschriften die zien op telecommunicatiediensten en vertrouwelijkheid van informatie. De boetebepaling richt zich tot ondernemingen.

Het eerste en het derde lid van hetzelfde artikel bedreigen andere overtredingen van dezelfde wet eveneens met een bestuurlijke boete. Het gaat dan om overtredingen die door zowel ondernemingen als natuurlijke personen (zendpiraten) begaan kunnen worden.

Het verantwoordelijke ministerie voor de uitvoering en de handhaving van de Telecommunicatiewet is het ministerie van EL&I. De bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen is opgedragen aan het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) (art. 15.4 lid 2, art. 15.4 lid 4 en art. 15.1 lid 3 Tw). In de praktijk zal namens de OPTA het Agentschap Telecom de bestuurlijke boete opleggen. Overigens is de OPTA niet het enige bevoegde bestuursorgaan die bestuurlijke boetes kan opleggen ter zake van overtreding van de Telecommunicatiewet. Artikel 15.4 wijst ook de minister en de raad van bestuur van de Mededingingsautoriteit (de NMa) aan als bevoegde boeteopleggende organen. In 2009 zijn door de OPTA in totaal vijf boetebesluiten genomen ter handhaving van de bij of krachtens de Telecommunicatiewet gestelde regels.⁹²

3.1.8.2 Vormgeving boetestelsel

De maximale boete is vastgesteld op € 450.000, of, indien dat meer is, 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland ter zake van de daar opgesomde overtredingen. Indien toepassing is gegeven aan artikel 51 lid 2 onder 2° Sr (art. 5:1 lid 3 Awb), bedraagt de bestuurlijke boete voor de daar bedoelde overtreder (opdrachtgever/feitelijk leidinggever) ten hoogste € 450.000.

De wet regelt alleen de maximale hoogte van de bestuurlijke boete. Deze boetebevoegdheid wordt nader genormeerd in de Boetebeleidsregels van de OPTA (versie 2010). In de algemene bepalingen van de Beleidsregels (§ 2) wordt voorop gesteld dat het college de bestuurlijke boete op een zodanig niveau vaststelt dat deze, in het kader van specifieke preventie, een overtreder weerhoudt van het begaan van een volgende overtreding en, in het kader van algemene preventie, potentiële andere overtreders afschrikt. Het college dient voorts de hoogte van de boete in een concreet geval vast te stellen met inachtneming van het wettelijk boetemaximum, de beleidsregels en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Indien er sprake is van meerdere overtredingen kan het college ervoor kiezen om, in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten,

91 <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/telecomwet-en-regelgeving/nationale-regelgeving>

92 OPTA Jaarverslag 2009, p. 65 en 78.

een bestuurlijke boete op te leggen voor deze overtredingen gezamenlijk. Tot slot bevatten de algemene bepalingen een bepaling waarin staat dat bestuurlijke boetes telkens naar beneden worden afgerond naar een veelvoud van € 500. In § 4 worden de regels gegeven waarmee de hoogte van de basisboete wordt vastgesteld ter zake van overtredingen in de zin van artikel 15.4 lid 2 Tw. Het college stelt bij deze overtredingen de boetegrondslag vast op basis van de betrokken omzet. De boetegrondslag is vervolgens 10% van de betrokken omzet van de overtreder.

Voorts wordt deze boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor (E) die staat voor de ernst van de overtreding. Op deze manier wordt de basisboete verkregen. Naargelang de ernst van de overtreding stelt het college de factor (E) vast op een waarde van ten hoogste vijf. Er worden drie ernst-categorieën onderscheiden.

De vaststelling van de ernst van de overtreding is geregeld in § 3. In artikel 6 is te lezen dat het college de ernst van de overtreding dient te bepalen door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto vast te stellen en deze vervolgens te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval. Het volgende artikel schrijft het college voor dat bij de vaststelling van de zwaarte van de overtreding de doelstellingen van de Tw, te weten het bevorderen van de concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van de eindgebruikers, tot uitgangspunt strekken. Vervolgens worden de mogelijke overtredingen in drie categorieën verdeeld:

- a. Zeer zware overtredingen: overtredingen waardoor de concurrentie in aanzienlijke mate wordt belemmerd of overtredingen waardoor de belangen van eindgebruikers in aanzienlijke mate wordt geschaad.
- b. Zware overtredingen: overtredingen waardoor de concurrentie wordt belemmerd of overtredingen waardoor de belangen van de eindgebruiker worden geschaad, maar niet in die (aanzienlijke) mate dat deze als zeer zware overtredingen kunnen worden aangemerkt.
- c. Minder zware overtredingen: overtredingen waardoor de concurrentie in beperkte mate wordt belemmerd of overtredingen waardoor de belangen van eindgebruikers in beperkte mate worden geschaad.

De boetegrondslag wordt vermenigvuldigd met, ten hoogste, een factor een in geval van een minder ernstige overtreding, een factor twee in geval van een ernstige overtreding en een factor tussen de anderhalf en vijf in geval van een zeer ernstige overtreding.

Ten aanzien van de onderhavige overtredingen besluit artikel 12 de paragraaf met het geven van twee omstandigheden waaronder de boete kan worden verhoogd. Om ondernemingen ervan te weerhouden zeer zware overtredingen te begaan, hanteert het college een basisboetetoeslag van maximaal 25% van de betrokken omzet in het laatste volledige jaar dat de onderneming heeft deelgenomen aan de overtreding. Daarnaast kan het college in het kader van specifieke preventie de basisboete aanpassen met het oog op het gewicht van de

overtreder, uitgedrukt in de totale jaaromzet van deze overtreder in Nederland in het boekjaar voorafgaande aan de boetebeschikking.

§ 5 handelt over de vaststelling van de hoogte van de basisboete ter zake van overtredingen in de zin van artikel 15.4 lid 4 Tw. Ten aanzien van deze overtredingen verbindt het college aan elke ernstkwalificatie van de overtreding een boetecategorie met een boetemaximum. Voor minder ernstige overtredingen bedraagt de hoogte van boete maximaal € 100.000, voor ernstige overtredingen maximaal € 300.000 en voor zeer ernstige overtredingen maximaal € 450.000. Binnen deze bandbreedtes stelt het college met in achtneming van de mate waarin de overtreding aan de overtreder kan worden verweten en, indien daar aanleiding toe bestaat, andere omstandigheden, zoals de duur van de overtreding, de hoogte van de basisboete vast. De bandbreedtes kunnen overigens aangepast worden indien er sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden welke zijn opgesomd in § 6.

Het college dient steeds bij de vaststelling van een boete in een individueel geval in redelijkheid de mate te bepalen waarin een boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheid leidt tot een verhoging of verlaging van de basisboete. In ieder geval is recidive een voorbeeld van een boeteverhogende omstandigheid: indien daarvan sprake is, verhoogt het college de bestuurlijke boete met 100%, tenzij dit percentage gezien de omstandigheden van het concrete geval evident onredelijk zou zijn. Als aan drie cumulatieve omstandigheden is voldaan, is in ieder geval een boeteverlagende omstandigheid dat er sprake is van een overtreding die de overtreder a. zelf heeft geconstateerd en b. uit eigen beweging heeft beëindigd en c. op eigen initiatief bij het college heeft gemeld voordat het college een onderzoek is begonnen.

In hoofdlijnen komt dit beleid overeen met het beleid uit 2010. Er zijn wat technische wijzigingen doorgevoerd als gevolg van de wijziging van Hoofdstuk 15 van de Tw en van Hoofdstuk 5 Awb wegens de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van de Awb. De belangrijkste inhoudelijke veranderingen zijn:

- Verdubbeling van de boete in geval van recidive;
- Mogelijke toeslag op de basisboete van 25% voor zeer zware overtredingen in de zin van artikel 15.4 lid 2 Tw;
- Verhoging van de factor (E) van 3 naar 5, waarmee de boetegrondslag maximaal kan worden vermenigvuldigd wegens de ernst van de overtreding.

Artikel 2 lid 2 van de Beleidsregels bepaalt dat het college van de onderhavige beleidsregels kan afwijken indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheden leidt.

3.1.8.3 Motivering

Het boetestelsel is onderbouwd met het argument dat voor een optimaal functioneren van de telecomunicatiesector in Nederland een doeltref-

fende handhaving van cruciaal belang is. Onder handhaving wordt door de wetgever in het kader van de Tw verstaan het door controle en het toepassen van bestuursrechtelijke, strafrechtelijke en privaatrechtelijke middelen bereiken dat de algemeen en individueel geldende rechtsregels en voorschriften worden nageleefd. Bij de handhaving kan onderscheid worden gemaakt tussen preventieve en repressieve handhaving. De eerste vorm houdt in dat actief toezicht wordt gehouden op de naleving van regels zonder dat er direct sprake hoeft te zijn van concrete gevallen waarin het vermoeden bestaat dat er regels zijn overtreden. Repressieve handhaving komt aan de orde als in strijd met de regels is gehandeld.⁹³

De voorganger van de Telecommunicatiewet, de WTV, kende reeds de mogelijkheid een bestuurlijke boete op te leggen ten aanzien van de schending van bepaalde voorschriften. Bij de inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet is dit systeem verfijnd en in overeenstemming gebracht met het advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten over handhaving door bestuurlijke boeten en het kabinetsstandpunt hierover.⁹⁴

Het systeem zoals dat in de Tw is vastgelegd gaat ervan uit dat in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift kan worden gekozen tussen de bestuursrechtelijke en de strafrechtelijke handhavingsweg. Zowel het opleggen van een bestuurlijke boete als het instellen van strafrechtelijke vervolging behoort tot de mogelijkheden, met dien verstande dat bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties niet tegelijkertijd voor dezelfde overtreding kunnen worden opgelegd. In de terminologie van de toetsingscommissie is hier sprake van model B. De keuze voor model B wordt met name ingegeven door de flexibiliteit die hiermee mogelijk wordt bij het uitoefenen van de handhavingstaak. Afhankelijk van de omstandigheden kan worden bepaald welke wijze van afdoening het meest geëigend is. Het strafrecht kan als stok achter de deur fungeren als de bestuursrechtelijke weg om welke reden dan ook geen soelaas biedt. In het systeem waarin strafrechtelijke vervolging wordt uitgesloten staat men in dat geval met lege handen. Gelet op het feit dat de telecommunicatiemarkt steeds sterk in ontwikkeling is en niet op voorhand kan worden vastgesteld hoe de omstandigheden van het concrete geval moeten worden gewogen, biedt systeem B de nodige ruimte. Wel ligt het, volgens de wetgever, voor de hand om het bestaande afstemmingsoverleg tussen de handhavinginstanties te intensiveren en zo mogelijk te komen tot het vastleggen van afspraken in beleidsregels (onder meer met betrekking tot de vraag wanneer een boete wordt opgelegd en hoe hoog de boete moet zijn).⁹⁵ Door de wetgever wordt geen argumentatie gegeven voor de keuzes met betrekking tot boetehoogte en dergelijke.

93 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 50-51.

94 In het kabinetsstandpunt was aangegeven dat bij de herziening van de telecommunicatiewetgeving een verdere uitbreiding van de reeds op dat terrein bestaande mogelijkheden tot het opleggen van bestuurlijke boeten zou worden onderzocht, zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 400 VI, nr. 48, p. 21.

95 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 52-53.

In de toelichting bij de consultatieversie van de Boetebeleidsregels 2011 wordt door de voorzitter van het college van de OPTA het nieuwe beleid beargumenteerd. Veel overwegingen die in de oude beleidsregels zelf waren genoemd zijn nu verhuisd naar de toelichting bij de nieuwe beleidsregels.

Bij de vaststelling van de (hoogte van de) boete dient de OPTA de toepasselijke bepalingen van Hoofdstuk 5 van de Awb alsmede de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen, zoals het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. De hoogte van de boete stemt het college in ieder geval af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het college houdt daarbij, indien daar aanleiding toe bestaat, rekening met andere omstandigheden, zoals de duur van een overtreding. Met de Boetebeleidsregels verschaft het college inzicht in de factoren die de hoogte van de boete bepalen. Daarbij staat voorop dat de hoogte van de boete in een redelijke verhouding dient te staan tot het beoogde doel in termen van preventie (afschrikwekkende werking).

Bij het bepalen van de hoogte van de boete in geval van een overtreding van de Telecommunicatiewet kan de OPTA mede rekening houden met het al dan niet aanwezig zijn van een effectief werkend compliance-programma binnen een organisatie, in die zin dat dit als een boeteverlagende of -verhogende omstandigheid kan worden meegewogen.

High trust houdt in dat er minder middelen ingezet worden om overtredingen op te sporen in gevallen waarin de risico's beperkt zijn, maar dat er harder wordt opgetreden als de wet toch wordt overtreden. Het high trust-beleid gaat hierbij uit van het vertrouwen dat burgers en bedrijven zich aan de wet houden. Om te waarborgen dat er een afschrikwekkende werking blijft uitgaan van het toezicht is het noodzakelijk om extra streng op te treden als het vertrouwen dat de wet wordt nageleefd toch wordt geschonden. Het opleggen van hogere boetes geschiedt onder meer door in de beleidsregels van 2011 de volgende instrumenten te introduceren: zwaardere bestraffing van recidive, en introductie van een basisboetetoeslag om ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht ervan te weerhouden de meest zware overtredingen in de zin van artikel 15.4 lid 2 Tw te begaan.

High trust toezicht gaat uit van de eigen verantwoordelijkheid van een onderneming om wet- en regelgeving na te leven. Het streven is de efficiëntie en effectiviteit van de toezichthouder te verbeteren; de OPTA kan gericht werken en hoeft alleen op te treden als daar echt aanleiding toe is. Voor marktpartijen worden daarmee de (administratieve) toezichtlasten lager. High trust is voor de OPTA echter geen *blind trust*; een marktpartij moet het vertrouwen wel 'verdienen'. De nalevingsbereidheid is voor de OPTA een belangrijk aandachtspunt en wordt dan ook door middel van (preventieve) handhaving gestimuleerd en – indien nodig – afgedwongen.

Bij de handhaving van de regelgeving hanteert de OPTA een vijftal uitgangspunten:

1. Spontane naleving verdient de voorkeur.

De ideale situatie is dat normen vanzelf worden nageleefd zonder ingrijpen van de toezichthouder. Daarom dient bij een overtreding altijd eerst de vraag te worden gesteld hoe het niveau van spontane naleving kan worden verbeterd. Het kan immers zijn dat er geen sprake is van een moedwillige overtreding, maar van praktische belemmeringen of onbekendheid met de regelgeving. Dan is het beter om de handhaving te richten op het wegnemen van de praktische belemmering en daarbij te helpen; in dit geval de regels duidelijk uitleggen aan de partij. Het grijpen naar een klassiek instrument als een boete werkt bij een goedwillende partij averechts: zij wordt immers gestraft voor gedrag dat zij bereid is te wijzigen als zij van de norm op de hoogte zou zijn. Een hulpmiddel voor spontane naleving is de implementatie door een bedrijf van een goedwerkend compliance-programma.

2. High trust – handhaving op basis van signalen.

De OPTA treedt handhavend op indien daar aanleiding toe bestaat. Die aanleiding kan voor OPTA ontstaan door bijvoorbeeld:

- Signalen via een consumentenklacht, zoals ConsuWijzer of spamklacht.nl.
- Tips van bedrijven of particulieren.
- Informatie via websites of media.
- Onderzoeksinformatie, van OPTA zelf of van binnen- of buitenlandse toezichthouders.

De inzet van het instrument van ambtshalve inspecties, zoals het steekproefsgewijs onderzoeken van ondernemingen zonder directe aanleiding, ligt uitsluitend in bijzondere situaties voor de hand.

3. Preventieve handhaving heeft de voorkeur boven repressieve handhaving.

De OPTA stelt zich bij dit uitgangspunt de vraag hoe zij in haar toezicht er voor kan zorgen dat partijen zich zodanig gedragen dat zij zelf de verantwoordelijkheid nemen voor het naleven van de regels en in het verlengde hiervan schade aan de consumenten en de markt wordt voorkomen. Daarom besteedt de OPTA veel aandacht aan voorlichting bij regelgeving. Ook beleidsregels kunnen effectief zijn, omdat zij duidelijkheid verschaffen over de interpretatie van de regels en wijze van handhaving door OPTA. De transparantie van de OPTA over haar handhaving, bijvoorbeeld door het publiceren van waarschuwingen of van sanctiebesluiten, draagt daaraan bij. Hoewel preventie in veel gevallen wenselijk is, werkt preventie alleen als er ook de dreiging van repressieve sancties achteraf aan gekoppeld wordt.

4. Herstellen en indien nodig bestraffen van de overtreding.

Als het kwaad al is geschied dient de toezichthouder twee vragen te beantwoorden: hoe kan de overtreding zo snel mogelijk worden beëindigd en moet deze worden bestraft? Eerste prioriteit is het beperken van de schade, met andere woorden het opleggen van een herstelsanctie. Dat kan op verschillende

manieren. Allereerst door de inzet van de wettelijke instrumenten van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom. Daarnaast kan de OPTA een waarschuwing uitdelen. Zo worden lichte overtreders van het spamverbod en de telemarketingregels veelal in eerste instantie gewaarschuwd dat zij hun praktijken moeten staken. In bepaalde gevallen is een sanctie echter op haar plaats. Dit heeft zowel een bestraffend als een preventief effect. Daarom hecht de OPTA veel waarde aan het publiceren van al haar sanctiebesluiten. De keuze voor een herstelmaatregel en/of een bestraffende maatregel zal de OPTA steeds op basis van de omstandigheden van het geval maken.

5. Prioriteiten op basis van risicoanalyse.

Risicoanalyses vormen de belangrijkste grondslag van de prioriteiten van de OPTA. Het maken van een risicoanalyse gebeurt aan de hand van de volgende vragen:

- Binnen welke groep van onder toezicht staande partijen?
- Voor welke verplichtingen bestaat een risico op overtreding?

Daarbij wordt bij het risico op overtreding een afweging gemaakt van de volgende factoren:

- Urgentie in de markt.
- (direct) Voordeel voor consumenten of concurrenten.
- Efficiëntie.
- Effectiviteit.

3.1.8.4 Andere sancties

Bestuursrecht: bestuursdwang en dwangsom

Ingevolge artikel 15.2 lid 2 Tw is het college bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van de verplichtingen, gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1 lid 3 Tw bedoelde bepalingen (een bestuurlijke boete is ook mogelijk op basis van art. 15.4 lid 4 Tw). Voor de toepassing van deze bevoegdheid is van een spoedeisend geval, zoals bedoeld in artikel 5:31 lid 1 Awb, in elk geval sprake indien het niet naleven van de in het tweede lid bedoelde bepalingen ernstige economische of bedrijfstechnische problemen tot gevolg zal hebben voor andere aanbieders van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, een openbare elektronische communicatiedienst of bijbehorende faciliteiten of voor gebruikers van een openbaar communicatienetwerk, of een openbare elektronische communicatiedienst (art. 15.2 lid 5 Tw). De wetgever geeft aan dat met het toekennen van deze bevoegdheid aan het college een complete regeling voor dergelijke gevallen wordt gegeven en dat het beschikken over de bevoegdheid van bestuursdwang ook impliceert dat er een dwangsombevoegdheid voor het college bestaat.⁹⁶ Vaak zal afhankelijk van de concrete omstandigheden een keuze tussen een herstel- of een

⁹⁶ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 533, nr. 3, p. 129.

bestraffende sanctie worden gemaakt. Als de sanctie voornamelijk is gericht op bestraffing van een begane overtreding ligt een bestuurlijke boete voor de hand; gaat het primair om voorkoming van de overtreding in de toekomst is de herstelsanctie aangewezen.⁹⁷

Strafrecht

De strafrechtelijke handhaving van de Telecommunicatiewet verloopt via de WED. Een aantal artikelen uit de Telecommunicatiewet zijn op grond van de WED strafbaar gesteld. Bij de invoering van de Telecommunicatiewet is het terrein van de strafrechtelijke handhaving geharmoniseerd door alle voor strafrechtelijke handhaving in aanmerking komende bepalingen in het onderhavige wetsvoorstel te brengen onder de werking van de WED. In het kader van de nieuwe telecommunicatiewetgeving ligt de nadruk op het bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium. Niettemin kan ook strafrechtelijke sanctionering van belang zijn. Het strafrecht kan dienen als sluitstuk van de bestuursrechtelijke handhaving: het strafrecht als ultimum remedium. Naar de mening van de wetgever zal daarom in de uitvoering het accent liggen op het bestuursrechtelijk instrumentarium. Bij de inzet van het strafrecht zal de nodige terughoudendheid worden betracht. Strafrechtelijke handhaving zal met name aan de orde zijn als de bestuursrechtelijke middelen minder effectief blijken te zijn.⁹⁸

In de Aanwijzing Telecommunicatiewet van het OM worden regels gegeven voor het opsporings- en vervolgingsbeleid inzake bepalingen uit de Tw. Ook deze aanwijzing schrijft voor dat het accent op bestuursrechtelijke handhaving ligt. Strafrechtelijke handhaving zal worden toegepast daar waar bestuursrechtelijke middelen minder effectief zijn, dan wel indien de mate van overtreding zodanig ernstig is dat een bestuursrechtelijke reactie niet gepast is. De effectiviteit is gelegen in het strafrechtelijk instrumentarium dat ontbreekt bij het bestuursrecht, zoals de mogelijkheid tot inbeslagneming van apparatuur en het binnentreden van woningen. In de Richtlijn voor strafvordering Telecommunicatiewet wordt per basisdelict aangegeven voor welke aanpak primair wordt gekozen. Dit sluit evenwel een samenloop van sancties niet uit. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom. Anders dan een bestuurlijke boete is het wel mogelijk een last onder dwangsom op te leggen naast een strafrechtelijke boete. Bij het constateren van strafbare feiten op het gebied van de Tw wordt een afschrift van het proces-verbaal naar het Agentschap Telecom gezonden. Dat zal in de regel een last onder dwangsom opleggen teneinde een zelfde overtreding in de toekomst te voorkomen. Vanwege het una-via beginsel, dat nu in de Awb is gecodificeerd, heeft het OM met het Agentschap Telecom afgesproken dat er geen bestuurlijke boete wordt opgelegd zodra in dezelfde zaak een proces-verbaal is ingediend bij het OM. In zaken die niet (verder) door het OM worden vervolgd, wordt binnen drie maanden door of namens de officier van justitie

⁹⁷ *Kamerstukken I* 2003/04, 28 851, C, p. 29.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 51/52.

een gemotiveerde kennisgeving van deze beslissing aan het Agentschap Telecom verzonden. Het Agentschap Telecom beoordeelt vervolgens of bestuurlijke sanctionering nog opportuun is. Uitgangspunt daarbij is dat bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving elkaar dienen aan te vullen en op elkaar zijn afgestemd. De Aanwijzing geeft verder met name regels om te bepalen wanneer er sprake is van illegale omroepzenders en welke zaken wijzen op professioneel gebruik van illegale omroepzenders.

3.1.9 Mededingingswet

3.1.9.1 Inleiding

De Mededingingswet beoogt de onderlinge concurrentie in Nederland te intensiveren en aan te scherpen.⁹⁹ De wet verbiedt kartels, misbruik van economische machtsposities en concentraties van ondernemingen zonder voorafgaande melding. Overtredingen van deze verboden worden bedreigd met een bestuurlijke boete. Deze beschrijving beperkt zich tot drie overtredingen die bestuurlijk beboetbaar zijn. Het gaat allereerst om de overtreding van artikel 6 lid 1 Mededingingswet (bestuurlijk beboetbaar op grond van art. 56 lid 1 Mededingingswet). In het kort omvat het artikel het verbod op mededingingsafspraken. Voorbeelden van verboden overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn: het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- en verkoopprijzen, het beperken of het controleren van de productie, de afzet, de technologische ontwikkeling of de investeringen en het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging.¹⁰⁰ Een tweede voorbeeld is artikel 24 Mededingingswet (beboetbaar op grond van art. 56 lid 1 Mededingingswet), dat verbiedt om misbruik te maken van economische machtsposities. Hierbij kan gedacht worden aan het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen en het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.¹⁰¹ Het derde voorbeeld betreft de schending van het meldingsgebod van concentraties, als bedoeld in artikel 34 Mededingingswet (beboetbaar op grond van art. 74 Mededingingswet). Voorschriften als deze richten zich tot ondernemingen, ondernemingsverenigingen en/of de opdrachtgevers of feitelijke leidinggevers in de zin van artikel 51 lid 2 onder 2° Sr.

In alle gevallen heeft het orgaan dat tot boeteoplegging bevoegd is een discretionaire bevoegdheid om boetes op te leggen. Dit orgaan is de Nederlandse

⁹⁹ *Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 3.*

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 61.*

¹⁰¹ *Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 71.*

Mededingingsautoriteit (art. 1 aanhef en onder b en c, Mededingingswet). In 2010 heeft de NMa in totaal 12 boetes opgelegd ter zake van een overtredingen van de bij of krachtens de Mededingingswet gestelde regels.¹⁰² Deze boetes vertegenwoordigen een boetebedrag van ruim € 137.000.000 die verspreid is over 33 ondernemingen, waaronder buitenlandse bedrijven, en 8 natuurlijke personen (feitelijk leidinggevers).¹⁰³ Het departement dat verantwoordelijk is voor de Mededingingswet is het ministerie van EL&I.

3.1.9.2 Vormgeving boetestelsel

In artikel 57 Mededingingswet is de hoogte van de bestuurlijke boete ter zake van overtreding van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet vastgesteld op maximaal € 450.000 of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming dan wel, indien de overtreding door een ondernemersvereniging is begaan, van de gezamenlijke omzet van de ondernemingen die van de vereniging deel uitmaken. Dezelfde boete geldt voor de overtreding van het meldingsgebod van concentraties als bedoeld in artikel 34 Mededingingswet. Voor de opdrachtgever/feitelijk leidinggever in die zin van artikel 51 lid 2 onder 2° Sr bedraagt de bestuurlijke boete ten hoogste € 450.000.

De wet regelt alleen welke sancties mogelijk zijn en de maximale hoogte van de bestuurlijke boete. Artikel 57 Mededingingswet maakt nog wel onderscheid tussen het type overtreder: bij een rechtspersoon kan de boete variëren van € 450.000 of 10% van de omzet, indien dat meer is; voor een natuurlijk persoon is geen variabele opgenomen en kan de maximale boete niet meer dan € 450.000 bedragen.

In de beleidsregels van de minister van Economische Zaken voor het opleggen van boetes door de NMa van 11 september 2009 zijn richtsnoeren geformuleerd voor de uitoefening van de bestuurlijke boetebevoegdheid. Artikel 2 Beleidsregels maakt duidelijk dat de bestuurlijke boete afschrikwekkend bedoeld is: “een bestuurlijke boete wordt op een zodanig niveau vastgesteld dat deze, in het kader van specifieke preventie, een overtreder weerhoudt van het begaan van een volgende overtreding en, in het kader van algemene preventie, potentiële andere overtreders afschrikt”. Het bedrag van de bestuurlijke boete in een individueel geval komt als volgt tot stand. De basis is de *boetegrondslag* (art. 3 Beleidsregels). Dit begrip wordt in artikel 1 van de Beleidsregels gedefinieerd als: “een op grond van een percentage van de betrokken omzet of van een promillage van de totale jaaromzet vastgesteld bedrag, dan wel, indien de overtreder een natuurlijke persoon is, een aan de ernst van de overtreding en het inkomen en vermogen van de overtreder gerelateerd bedrag, dat de basis vormt voor het bepalen van de hoogte van een op te leggen bestuurlijke boete”.

¹⁰² NMa Jaarbericht 2010, p. 11.

¹⁰³ http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws-Persberichten/NMa_Nieuwsberichten/Nieuwsberichten_2011/2011_Q1/06-11_NMa_publiceert_Jaarbericht_2010.asp

Na het bepalen van de boetegrondslag bepaalt de raad de basisboete door de boetegrondslag bij te stellen aan de hand van de ernst van de overtreding en, voor zover van toepassing, de basisboetetoeslag en het gewicht van de overtreder. Wanneer de boetegrondslag niet wordt bijgesteld aan de ernst van de overtreding, de basisboetetoeslag of het gewicht van de overtreder, is de basisboete gelijk aan de boetegrondslag (art. 3 lid 2 Beleidsregels).

Voorts neemt de raad boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking en bepaalt hij in redelijkheid in hoeverre dergelijke omstandigheden tot een verhoging of verlaging van de basisboete leiden (art. 3 lid 3 Beleidsregels).

Na deze algemene bepalingen volgen specifieke regels ten aanzien van overtreding van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet aan de ene kant (en de artt. 101 en 102 VWEU) en ten aanzien van de ‘overige overtredingen’ aan de andere kant. Allereerst de regels voor overtreding van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet. Het bedrag van de *boetegrondslag* wordt in deze gevallen vastgesteld op basis van de betrokken omzet (art. 4 lid 1 Beleidsregels). De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet van de overtreder (art. 5 Beleidsregels).

De *basisboete* wordt bepaald door de boetegrondslag te vermenigvuldigen met een factor (E) voor de ernst van de overtreding (art. 6 Beleidsregels). De factor (E) voor de ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding in samenhang met de economische context waarin deze overtreding heeft plaatsgevonden. Bij de beoordeling van de economische context houdt de raad onder meer rekening met de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken overtreders alsmede met het al dan niet gezamenlijke marktaandeel, de structuur van de markt en met de geldende regelgeving en houdt de raad tevens rekening met de afbreuk of potentiële afbreuk aan het normale mededingingsproces en de weerslag op de economie die de betreffende gedraging in het algemeen heeft. De raad onderscheidt drie typen overtredingen bij de vaststelling van de factor (E): zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Als zeer zwaar wordt in ieder geval gezien het maken van verstreckende horizontale afspraken. Naargelang de ernst van de overtreding wordt de factor (E) op een waarde van ten hoogste 5 vastgesteld.

Artikel 7 lid 1 Beleidsregels geeft het uitgangspunt voor de *basisboetetoeslag*: “om ondernemingen ervan te weerhouden zeer zware overtredingen [...] te begaan, hanteert de raad een basisboetetoeslag van maximaal 25% van de betrokken omzet in het laatste volledige jaar dat de onderneming heeft deelgenomen aan de overtreding”.

Tot slot bepaalt artikel 7 lid 2 Beleidsregels dat in het kader van de specifieke preventie “de raad de basisboete bij overtreding van de artikelen 6 en 24 [...] kan aanpassen met het oog op het gewicht van de overtreder, uitgedrukt in de totale jaaromzet van deze overtreder in Nederland in het boekjaar voorafgaande aan de boetebeschikking”.

In de volgende paragraaf (artikelen 8 tot en met 10) zijn de regels opgenomen voor de ‘overige overtredingen’, waaronder de overtreding van artikel 34 Mededingingswet. Bij dit type overtredingen stelt de raad de *boetegrondslag* vast op basis van de (in Nederland behaalde) totale jaaromzet in het boekjaar voorafgaande aan de boetebeschikking. De raad hanteert als boetegrondslag een promillage van de totale jaaromzet, oplopend van categorie I: 0,25‰ (promille) van de totale jaaromzet met een minimale bestuurlijke boete van € 2.500, tot categorie IV: 15‰ (promille) van de totale jaaromzet met een bestuurlijke boete van € 50.000.

Na vaststelling van de boetegrondslag wordt de *basisboete* bepaald door de grondslag te vermenigvuldigen met een factor (E) voor de ernst van de overtreding. Deze factor wordt vastgesteld door de mate waarin de overtreding de belangen schaadt die de overtreder bepaling beoogt te beschermen, waarbij drie typen overtredingen worden onderscheiden: zeer ernstige, ernstige en minder ernstige overtredingen. Naargelang de ernst van de overtreding wordt de factor (E) op een waarde van ten hoogste 5 vastgesteld.

§ 5 (art. 11) van de Beleidsregels regelt de wijze waarop boetes worden vastgesteld voor natuurlijke personen. Het gaat dan om de opdrachtgever/feitelijk leidinggever aan een overtreding. In die gevallen stelt de raad een boetegrondslag vast die gerelateerd is aan de ernst van de overtreding en het inkomen en vermogen van de overtreder, teneinde tot een bestuurlijke boete te komen die uit het oogpunt van zowel algemene als specifieke preventie voldoende afschrikwekkend is. De *boetegrondslag* is in deze gevallen de *basisboete*. De boetegrondslag wordt vastgesteld binnen een van de twee vastgestelde bandbreedtes. De verschillende overtredingen zijn ingedeeld in de bandbreedte van € 10.000 tot € 200.000 of de bandbreedte van € 50.000 tot € 400.000. De overtreding van de artikelen 6, 24 of 34 Mededingingswet vallen alle in de tweede bandbreedte.

Bij de vaststelling van de bestuurlijke boete wordt door de raad rekening gehouden met de boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden uit paragraaf 6 van de Beleidsregels. De raad dient in redelijkheid de mate te bepalen waarin de betrokken omstandigheid leidt tot een verhoging of verlaging van de basisboete. Artikel 13 lid 1 van de Beleidsregels geeft een aantal omstandigheden die in ieder geval een boeteverhogend effect hebben:

- De omstandigheid dat de NMA of een andere bevoegde autoriteit, waaronder de Europese Commissie of een rechterlijke instantie, reeds eerder onherroepelijk een zelfde of een vergelijkbare door de overtreder begane overtreding heeft vastgesteld (verhoging boete met 100%).
- De omstandigheid dat de overtreder het onderzoek van de NMA heeft belemmerd.
- De omstandigheid dat de overtreder tot de overtreding heeft aangezet of een leidinggevende rol heeft gespeeld bij de uitvoering daarvan.
- De omstandigheid dat de overtreder gebruik heeft gemaakt van, of voorzien in, controle- of dwangmiddelen ter handhaving van de verboden gedraging.

Boeteverlagende omstandigheden zijn in ieder geval:

- De omstandigheid dat de overtreder anders dan in het kader van de Richtsnoeren Clementie verdergaande medewerking aan de NMa heeft verleend dan waartoe hij wettelijk gehouden was.
- De omstandigheid dat de overtreder de overtreding uit eigen beweging heeft beëindigd, waarbij meer gewicht toekomt aan het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding voordat de NMa een onderzoek is begonnen dan nadat het onderzoek is gestart.
- De omstandigheid dat de overtreder uit eigen beweging degenen aan wie door de overtreding schade is berokkend, schadeloos heeft gesteld.

Voor natuurlijke personen geldt, op grond van artikel 15 van de Beleidsregels, ten aanzien van het vaststellen van boeteverhogende en verlagende omstandigheden dat de raad rekening kan houden met de mate van betrokkenheid van de natuurlijke persoon bij het plegen van de overtreding en de positie van de natuurlijke persoon binnen de onderneming, de ondernemingsvereniging of rechtspersoon waarvoor hij of zij werkzaam is (of was).

Tot slot geeft artikel 16 van de Beleidsregels een opsomming van de regels die de raad in acht moet nemen bij het bepalen van de boete: a. het wettelijk boetemaximum, b. zijn toezeggingen uit hoofde van de Beleidsregels van de minister van EL&I tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels, c. deze beleidsregels en d. de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Uit artikel 17 volgt dat indien de raad constateert dat een overtreder meerdere overtredingen heeft begaan de raad, in plaats afzonderlijke beboeting, ervoor kan kiezen een bestuurlijke boete op te leggen voor deze overtredingen gezamenlijk. Artikel 18 van de Beleidsregels bepaalt dat de raad de bevoegdheid heeft om, in afwijking van het bepaalde in de voorgaande artikelen, wanneer de bijzondere omstandigheden van het geval naar zijn oordeel hiertoe aanleiding geven, een symbolische bestuurlijke boete op te leggen. Bestuurlijke boetes worden overigens naar beneden afgerond op een veelvoud van € 1.000.

De minister van Economische Zaken heeft daarnaast beleidsregels vastgesteld tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels: de Clementieregeling 2009. Het toepassen van clementie maakt onderdeel uit van de discretionaire bevoegdheid van de NMa tot het opleggen van een boete. Het komt erop neer dat de raad de bij een kartel betrokken geweest zijnde ondernemingen, of wegens kartelgedrag beboetbare natuurlijke personen, boetevermindering kan toezeggen op voorwaarde dat zij een clementieverzoek indienen en medewerking verlenen aan de raad tijdens het onderzoek en de daaropvolgende procedure. De beleidsregels omtrent deze bevoegdheid sluiten nauw aan bij het Model Clementieprogramma van het European Competition Network.¹⁰⁴

Naast de Awb (art. 4:84) is in artikel 16 lid 2 Beleidsregels een afwijkingsbepaling opgenomen: “de raad kan van deze beleidsregels afwijken indien on-

¹⁰⁴ Toelichting bij de Werkwijze handhaving NMa, p. 3 en de Clementieregeling 2009.

verkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheden leidt”. In de toelichting bij deze beleidsregel wordt duidelijk gemaakt dat de financiële positie van de overtreder in beginsel geen rol speelt bij de vaststelling van de hoogte van de boete, met dien verstande dat het opleggen van een boete niet het faillissement van een overtreder waarschijnlijk mag maken.

3.9.1.3 Motivering

In de Mededingingswet is gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving. Deze keuze is gebaseerd op de overwegingen van de wetgever dat strafrechtelijke handhaving in het algemeen alleen te rechtvaardigen is als aannemelijk wordt gemaakt dat andere systemen van handhaving tekort schieten. In het kabinetsstandpunt dat tot stand is gekomen naar aanleiding van het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten¹⁰⁵ wordt gesteld dat de primaire verantwoordelijkheid voor de handhaving van beleidsinstrumentele wetgeving behoort te liggen bij het bestuursorgaan dat met de uitvoering van de desbetreffende wet is belast. In hetzelfde kabinetsstandpunt zijn ook toetsingscriteria opgenomen om te bepalen welke rechtsnormen voor bestuursrechtelijke handhaving in aanmerking komen. De wetgever is van mening dat de door bestuurlijke boeten te handhaven normen uit de Mededingingswet voldoen aan een aantal van deze criteria, zoals de geringe normatieve lading van de norm, het feit dat overtreding geen letsel aan personen of schade of goederen pleegt toe te brengen, en het niet nodig hebben van vrijheidsbenemende of andere ingrijpende dwangbevoegdheden voor de handhaving van de norm. Hoewel de materiële normen van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet in dat licht eigenlijk problemen opleveren (overtredingen zijn niet eenvoudig vast te stellen en het is ook niet goed mogelijk om voor deze normen een vaste gedragslijn vast te stellen) is ook voor deze normen gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving; er wordt namelijk gebruik gemaakt van een uitzonderingsmogelijkheid die door het kabinet zelf is geformuleerd.

Een ander aspect dat een rol heeft gespeeld bij de keuze voor een bestuurlijke boete is dat de Mededingingswet slechts een van de vele economische wetten is die het OM moet handhaven. De handhaving van mededingingswetgeving is, vergeleken met die van veel andere economische wetten, ingewikkeld en vergt veel tijd en menskracht, terwijl het risico dat een procedure ondanks een gedegen voorbereiding toch wordt verloren relatief groot is. Ook veroorzaken inbreuken op de mededingingswetgeving in het algemeen minder verontrusting dan veel andere strafbare feiten. Daar komt bij dat het OM met capaciteitsproblemen te maken heeft. Die omstandigheden kunnen ertoe leiden dat de druk om inbreuken op de mededingingswetgeving te vervolgen wellicht wat minder groot zal zijn. Voor het welslagen van het mededingingsbeleid op basis van de nieuwe Mededingingswet acht de wetgever het evenwel een voorwaarde dat de nodige initiatieven worden genomen voor een actieve handhaving

¹⁰⁵ ‘Handhaving door bestuurlijke boeten’, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 400 VI, nr. 48.

en dat daaraan grote prioriteit wordt gegeven. Bestuurlijke handhaving van de Mededingingswet door een afzonderlijke instantie biedt daartoe betere mogelijkheden.¹⁰⁶ Onder meer vanwege deze redenen wordt door de wetgever bewust niet gekozen voor het strafrecht als alternatief: de wetgever achtte dat niet zinvol. Een extra argument voor deze keuze is dat de aard van de overtreding met zich brengt dat er geen behoefte bestaat aan andere dan bestuursrechtelijke sancties, zoals gevangenisstraf.¹⁰⁷

Ten slotte pleit voor bestuursrechtelijke handhaving ook dat het met sanctionering belaste orgaan contact moet houden met de Europese Commissie in verband met de nodige afstemming van beleid. Een dergelijke afstemming is bij bestuursrechtelijke handhaving eenvoudiger te realiseren.¹⁰⁸

Bij de uitwerking van de regels over het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete is zoveel mogelijk rekening gehouden met het advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten en het kabinetsstandpunt daarover. Daarnaast is acht geslagen op de regeling omtrent boeteoplegging op grond van het VWEU en de praktijk van de Commissie daarbij. In voorkomende gevallen is zelfs gekozen om voorkeur te geven aan aansluiting bij het Europese recht boven het volgen van de Toetsingscommissie.¹⁰⁹

Bij de inwerkingtreding van de Mededingingswet bedroeg de maximale boete ter zake van overtreding van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet f 1.000.000 of 10% van de omzet van de onderneming. Dit is omgerekend het equivalent van het huidige maximale boetebedrag van € 450.000. Bij het vaststellen van het maximale boetebedrag heeft de wetgever gelet op de hoogte van de boete die de Europese Commissie op kan leggen, te weten 1 miljoen ECU, de hoogte van de boeten in andere landen en de schaal van de Nederlandse markt. De omzetgrens stemt overeen met de bevoegdheid van de Commissie. In de Nota naar aanleiding van het verslag bij de Mededingingswet gaat de minister van Economische Zaken nader in op de boetehoogte. De minister beoogt dat het bedrag van f 1.000.000 niet zo ongebruikelijk is als sommigen denken. Het bedrag komt immers overeen met het bedrag van de zesde boetecategorie uit het Wetboek van Strafrecht (toentertijd). Gelet op de voordelen die met overtreding van het kartelverbod en het verbod van misbruik van een economische machtspositie behaald kunnen worden, zo vervolgt de minister, zou een boete van f 1.000.000 in een betrekkelijk groot aantal gevallen ineffectief zijn. Daarom is ervoor gekozen aan het nominale bedrag van f 1.000.000 een grens van 10% van de omzet toe te voegen. Deze 10% is ontleend aan de grens die in het Europese mededingingsrecht geldt.¹¹⁰

Factoren die meegewogen dienen te worden bij de vaststelling van de boete in een concreet geval zijn volgens de Memorie van Toelichting bij de

106 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 707, nr. 6, p. 74.

107 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 43

108 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 44.

109 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 86.

110 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 707, nr. 6, p. 83-84.

Mededingingswet: de ernst en duur van de overtreding, recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, et cetera. De financiële positie van de onderneming speelt in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Het is niet de bedoeling dat slecht ondernemingsbeleid ‘beloond’ wordt met een lagere boete. Aan de andere kant moet het niet zo zijn dat een boete een faillissement van de onderneming waarschijnlijk zou maken. Dit zou niet in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel. Deze overwegingen hebben ook een Europese achtergrond.¹¹¹

De wetgever geeft het verantwoordelijke bestuursorgaan de opdracht beleid te ontwikkelen ten aanzien van het opleggen van boeten en dit eventueel vast te leggen in beleidsregels. Ook is denkbaar dat de minister dit zal doen.¹¹² Uit de toelichting van de beleidsregels volgt dat voor een zeer zware overtreding van de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet een toeslag op de basisboete geldt om ondernemingen ervan te weerhouden dergelijke overtredingen te begaan. Dit gebeurt in navolging van de Europese Commissie, die in vergelijkbare gevallen een zogenaamde ‘entry fee’ hanteert. Ook de reikwijdte van de factor (E) is aangepast. De maximale factor (E) is in het kader van high trust ten aanzien van overtredingen van de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet nu verhoogd tot maximaal 5, waar deze factor (E) voorheen maximaal 3 kon bedragen. Ook voor wat betreft de overige overtredingen is in de beleidsregels de factor (E) verhoogd tot maximaal 5, waar deze voorheen maximaal 3 bedroeg. Tot slot kan in geval van recidive de basisboete met 100% wordt verhoogd, tenzij dit gezien de omstandigheden van het geval evident onredelijk zou zijn. Hierdoor is geregeld dat recidive in principe leidt tot een verdubbeling van de basisboete. Met de verdubbeling van de basisboete in geval van recidive wordt door de minister aangesloten bij de systematiek van het (toen aanhangige) Wetsvoorstel wijziging boetestelsel financiële wetgeving. Bij amendement nummer 10 van dat wetsvoorstel wordt in de desbetreffende financiële wetgeving bepaald dat in geval van recidive het bedrag van de bestuurlijke boete voor een afzonderlijke overtreding wordt verdubbeld.

In de toelichting bij de Beleidsregels geeft de minister aan dat met de systematiek van deze Beleidsregels is aangesloten bij de algemene regels van de Awb. Daar is immers bepaald dat de hoogte van de boete moet worden afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. In de Beleidsregels is dit terug te vinden, aangezien de raad de ernst van de overtreding tot uitdrukking kan brengen in de boetehoogte door de boetegrondslag te vermenigvuldigen met een factor (E). Bovendien kan ten aanzien van de zeer zware overtredingen van de artikelen 6 en 24 een basisboetetoeslag worden gehanteerd. De mate van verwijtbaarheid kan de raad, indien daar aanleiding toe be-

111 Zo is ook in Europa het evenredigheidsbeginsel een belangrijk algemeen rechtsbeginsel bij het bepalen van de boetehoogte: HvJEG, zaak 8/55, JUR 1955/56, blz. 323 (Fédéchar). Zie verder *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 88-89.

112 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 89.

staat, bijvoorbeeld via de boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden in de hoogte van de boete tot uitdrukking brengen.

Voor de boetetoemeting wordt ingevolge artikel 3 van de Beleidsregels een boetegrondslag gehanteerd, die afhankelijk is van de soort overtreding. Bij overtredingen van de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet wordt de boetegrondslag afgeleid uit de *betrokken omzet*. Dit is de omzet die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met de levering van goederen en diensten waarop die overtreding betrekking heeft, onder aftrek van over de omzet geheven belastingen en van kortingen en dergelijke. Door de ‘betrokken omzet’ te hanteren, wordt de boetegrondslag hoger naarmate de duur en de omvang van de bij de overtreding betrokken economische activiteiten toenemen. Hoe hoger de betrokken omzet, des te groter is ook de weerslag op de economie die de overtreding in het algemeen kan hebben. Het begrip ‘weerslag op de economie’ dient te worden begrepen in de ruimste zin des woords en omvat het verlies aan consumentensurplus en overige economische schade als gevolg van de overtreding, zoals gevolgschade in de bedrijfskolom, efficiëntieverlies, beperking van (een stimulans voor) innovatie, minder economische groei of zelfs effecten die uitstralen buiten de direct betrokken sector. Voorts komt, indien de overtreding door meerdere overtreders is begaan, het aandeel van de afzonderlijke overtreders in deze (potentiële) weerslag op de economie tot uitdrukking. Dit alles draagt bij aan een evenredige boete met afschrikwekkende werking. Bij de ‘overige’ overtredingen is de (potentiële) weerslag op de economie van de overtreding of de met de bepaling te beschermen belangen in het algemeen niet eenvoudig te relateren aan een bepaalde omzet. Bij deze overtredingen wordt de boetegrondslag daarom afgeleid uit de totale jaaromzet van de overtreder. De totale jaaromzet vormt een indicatie voor de economische macht van de overtreder en kan daarmee bij overtreding van bepaalde normen tevens een indicatie vormen van de potentiële weerslag van de overtreding op de economie. Daarnaast wordt bereikt dat de boete in een gepaste verhouding staat tot de totale omvang van de overtreder en daardoor afschrikwekkend is. Bij de boetes die worden opgelegd aan natuurlijke personen stelt de raad de boetegrondslag vast met inachtneming van de ernst van de overtreding en het inkomen en vermogen van de overtreder teneinde tot een boete te komen die zowel uit het oogpunt van algemene als uit het oogpunt van specifieke preventie voldoende afschrikwekkend is.

De wijze waarop binnen de drie te onderscheiden boetesystematieken de ernst van de overtreding in acht wordt genomen verschilt. In de boetesystematiek voor overtredingen van de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet wordt de hoogte van de ernstfactor bepaald door de zwaarte van de overtreding te beschouwen in samenhang met de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. De zwaarte van de overtreding is in wezen een weging in abstracto van de gedraging die de overtreding vormt, terwijl de economische context zou kunnen worden aangeduid als de omstandigheden van het geval die bepalen hoe ernstig de overtreding in concreto is. In beginsel wordt

de ernstfactor op een hogere waarde vastgesteld, naarmate de zwaarte van de overtreding toeneemt.

In de boetesystematiek voor overige overtredingen komt de zwaarte van een overtreding in beginsel reeds tot uitdrukking in de indeling in een van de zes boetecategorieën. De ernstfactor dient er in deze systematiek toe het op basis van de categorie-indeling vastgestelde boetebedrag bij te kunnen stellen als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven. Dit betekent dat de ernstfactor op een wordt vastgesteld als de ernst van de overtreding, gelet op de omstandigheden van het geval, naar het oordeel van de raad al voldoende tot uitdrukking komt in de categorie-indeling. Door een ernstfactor te hanteren die een hoogte bedraagt variërend van nul tot vijf, kunnen de omstandigheden van het geval zowel een verhogend als een verlagend effect hebben op het op basis van de categorie-indeling vastgestelde boetebedrag.

Bij de boetetoemeting bij overtredingen begaan door natuurlijke personen wordt al bij het vaststellen van de boetegrondslag rekening gehouden met de ernst van de overtreding. In deze systematiek is de basisboete daarom gelijk aan de boetegrondslag.

3.1.9.4 Andere sancties

Civielrechtelijke handhaving

Met de inwerkingtreding van de Mededingingswet is een overstap gemaakt naar een verbodssysteem. Overtreding van een verbod schept rechtsingangen naar de burgerlijke rechter. Overeenkomsten en besluiten die in strijd zijn met het verbod van mededingingsafspraken zijn nietig ingevolge artikel 6 lid 1 en 2 Mededingingswet. Hetzelfde geldt voor concentraties die in strijd met de voorschriften van de Mededingingswet omtrent de meldings- of vergunningsplicht tot stand zijn gekomen. Die nietigheid kan voor de burgerlijke rechter worden ingeroepen. Daarnaast kan een actie uit onrechtmatige daad worden ingesteld. Een dergelijke actie kan ook worden ingesteld in geval van overtreding van het verbod van misbruik van een economische machtspositie. Naast het vorderen van schadevergoeding kan, in voorkomende gevallen, een op de toekomst gericht verbod worden gevraagd. Als derden door overtreding van bepaalde voorschriften in hun belang worden getroffen, is de burgerlijke rechter dus bevoegd te oordelen. Het ligt dan ook op de weg van deze particulieren om actie te ondernemen. Dit alles neemt natuurlijk niet weg dat er aanleiding kan zijn publiekrechtelijke handhavingsinstrumenten in te zetten. Bij de beslissing daaromtrent kan de mate waarin de belangen van derden worden getroffen een rol spelen.¹¹³

Bestuursrecht: dwangsom en aanwijzingen

Artikel 56 lid 1, aanhef en onder b, Mededingingswet geeft de raad de bevoegdheid om bij overtreding van artikel 6 of 24 Mededingingswet een dwang-

¹¹³ *Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 41-42.*

som op te leggen. Een boete blijkt in de praktijk niet altijd voldoende om de overtreding daadwerkelijk te beëindigen. In dergelijke gevallen kan naast de boete ook een dwangsom worden opgelegd. Artikel 74 Mededingingswet creëert eveneens een dwangsombevoegdheid ten aanzien van de daar opgesomde overtredingen, waaronder de schending van artikel 34 Mededingingswet. Een last onder dwangsom kan in een dergelijk geval, volgens de wetgever, de opdracht inhouden alsnog melding te doen of de concentratie ongedaan te maken. Overigens laat de wetgever zich niet uit over de verhouding van deze bevoegdheid tot de mogelijkheid om een punitieve sanctie op te leggen.¹¹⁴

Op grond van artikel 83 Mededingingswet kan de raad ook een voorlopige last onder dwangsom opleggen indien naar zijn voorlopig oordeel aannemelijk is dat artikel 6 lid 1, artikel 24 lid 1 of artikel 41 lid 1 is overtreden, en onverwijlde spoed, gelet op de belangen van de door de overtreding getroffen ondernemingen of het belang van instandhouding van een daadwerkelijke mededinging, dat vereist.

Ten aanzien van overtredingen van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet is er nog een derde sanctie mogelijk: de bindende aanwijzing tot naleving van de wet (art. 56 lid 1 aanhef en onder c Mededingingswet). Deze bevoegdheid is bij amendement ingevoerd en heeft alles te maken met de wenselijkheid de behartiging van de belangen van consumenten door consumentenorganisaties bij toepassing van de Mededingingswet te stimuleren. Bij hetzelfde amendement werd daarom onder meer bepaald dat consumentenorganisaties belanghebbende zijn bij alle besluiten genomen op grond van de Mededingingswet. De bindende aanwijzing kan op aanvraag of ambtshalve door de raad worden opgelegd. Wordt de aanwijzing niet nageleefd, dan levert dit een zelfstandige grond op voor het opleggen van een bestuurlijke boete of last onder dwangsom. Het achterliggende doel van het amendement is de positie van consumenten te versterken.¹¹⁵ Niet duidelijk is of, en hoe, een wel of niet nageleefde aanwijzing de hoogte van de bestuurlijke boete beïnvloedt.

3.1.10 Arbeidstijdenwet

3.1.10.1 Inleiding

In de Arbeidstijdenwet (Atw) is geregeld hoe lang een werknemer per dag en per week mag werken en wanneer hij recht heeft op pauze of rusttijd. De wet heeft betrekking op tal van sectoren, waaronder vervoerssectoren, en richt zich daarmee zowel op het particuliere bedrijfsleven als op de overheid. In artikel 10:1 Atw worden het niet naleven van verschillende bepalingen van de Atw als overtreding aangemerkt. Het gaat daarbij om het overtreden van de arbeids-

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 95-96.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30.071, nr. 14, p.2.

tijden, maar bijvoorbeeld ook om het knoeien met de apparaten die de rij- en rusttijden moeten registreren (tachografen).

De overtredingen kunnen worden begaan door zowel rechtspersonen als natuurlijke personen. In artikel 10:7 lid 1 Atw wordt dit onderscheid geëxpliciteerd. Bij constatering van een overtreding leggen (geen beleidsvrijheid) de onder de minister van SZW ressorterende ambtenaren, dan wel de ambtenaren die deze minister aanwijst met zijn college van I&M, een bestuurlijke boete op (art. 10:4 Atw). De onder de minister van SZW ressorterende ambtenaren behoren tot de Arbeidsinspectie. In de Aanwijzingsregeling boeteoplegger SZW-wetgeving 2004 wordt althans het hoofd van de afdeling Bestuurlijke Boete van de directie Major Hazard Control van de Arbeidsinspectie aangewezen als de ambtenaar bedoeld in artikel 15:5 lid 1 Atw. Daarnaast is in de Aanwijzingsregeling boeteopleggers arbeidstijden vervoer het hoofd van het Bureau Bestuurlijke Boete van de Inspectie Verkeer en Waterstaat aangewezen als de ambtenaar bedoeld in artikel 10:5 lid 2 van de Arbeidstijdenwet, voor zover het arbeid betreft dat verband houdt met vervoer en de handhaving van het Arbeidstijdenbesluit vervoer (Atbv).

De Arbeidsinspectie heeft in 2009 283 boetebeschikkingen uitgereikt naar aanleiding van een schending van de bij of krachtens de Atw gestelde voorschriften. De IVW heeft ongeveer 1.000 boetes opgelegd vanwege overtreding van het Arbeidstijdenbesluit vervoer.¹¹⁶

3.1.10.2 Vormgeving boetestelsel

De maximale boete bedraagt € 45.000 voor rechtspersonen en € 12.500 voor natuurlijke personen (art. 10:7 lid 1 Atw). In artikel 10:7 lid 2 Atw is een recidiveregeling neergelegd: “Onverminderd het eerste lid verhoogt de op grond van artikel 10:5, eerste of tweede lid, aangewezen ambtenaar de op te leggen bestuurlijke boete met 50%, indien op de dag van het constateren van de overtreding nog geen 24 maanden zijn verstreken nadat een eerdere overtreding bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting is geconstateerd en de boete wegens de eerdere overtreding onherroepelijk is geworden”. Bij herhaalde recidive wordt overgeschakeld naar het strafrecht (art. 11:3 Atw).

Artikel 10:7 lid 3 Atw bevat een opdracht aan de verschillende ministers om beleidsregels vast te stellen. De minister van SZW dient beleidsregels vast te stellen waarin de boetebedragen voor de overtredingen worden vastgesteld. Voor overtredingen begaan door personen bedoeld in artikel 5:12 lid 2 Atw stellen de ministers van SZW en VWS tezamen beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor die overtredingen worden vastgesteld.

Het resultaat van de bewijsplicht is een tweetal beleidsregels: de Beleidsregel boeteoplegging Arbeidstijdenwet en Arbeidstijdenbesluit en de Beleids-

¹¹⁶ Het jaarverslag van de IVW verschaft hierover geen duidelijkheid. Dit aantal is gebaseerd op een schatting op grond van de tekst van het jaarverslag.

regel boeteoplegging Arbeidstijdenwet en Arbeidstijdenbesluit vervoer (wegvervoer) voor de handhaving van de Atbv.

De Beleidsregel boeteoplegging Arbeidstijdenwet en Arbeidstijdenbesluit bevat normbedragen voor alle overtredingen als bedoeld in artikel 10:5 Atw. Deze zijn te vinden in de ‘Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Arbeidstijdenwet’ (bijlage bij de beleidsregel). Bij de toepassing van deze tarieflijst wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds overtredingen waarvoor eerst een waarschuwing wordt gegeven of een eis wordt gesteld en pas in tweede instantie, nadat nogmaals is geconstateerd dat eenzelfde wettelijke verplichting niet is nageleefd of dat de betreffende tekortkoming niet is opgeheven, wordt overgegaan tot het opleggen van een bestuurlijke boete, en anderzijds overtredingen waarvoor direct een bestuurlijke boete wordt opgelegd en die worden genoemd in de lijst die is opgenomen als bijlage 2 bij de beleidsregel.

De beleidsregel bevat een verfijning ten aanzien van de omvang van de ondernemingen. De boetenormbedragen zijn uitgangspunt voor de berekening van op te leggen boetes voor een werkgever die meer dan 50, maar minder dan 100 werknemers in dienst heeft (middelgroot bedrijf). De kleine (minder dan 10 werknemers) ontvangen maximaal de helft van dat bedrag. Grote werkgevers (meer dan 100 werknemers) kunnen anderhalf keer dat bedrag tegemoet zien. Uit het beleid blijkt voorts dat het boetenormbedrag wordt vermenigvuldigd met een factor anderhalf, indien sprake is van een overtreding waarvoor direct een bestuurlijke boete wordt opgelegd, zoals genoemd in de lijst van bijlage 2 van de beleidsregel.

Artikel 7 van de beleidsregel bevat regels over de minimale en maximale bestuurlijke boetes. De boete bedraagt in geval er sprake is van meerdere overtredingen nooit meer dan de som van de per overtreding berekende boetebedragen. De bestuurlijke boete die per boetebeschikking aan een werkgever of een persoon, zonder werkgever of werknemer te zijn, of de verantwoordelijke persoon, kan worden opgelegd, bedraagt minimaal € 25 en maximaal € 45 000 voor de werkgever die als rechtspersoon handelt.

Voor het vervoer geldt de Beleidsregel boeteoplegging Arbeidstijdenwet en Arbeidstijdenbesluit vervoer (wegvervoer). Artikel 1 bepaalt de reikwijdte van de beleidsregel: alle beboetbare feiten die als zodanig bij of krachtens de Arbeidstijdenwet zijn aangemerkt en die betrekking hebben op arbeid verricht door personen als bedoeld in artikel 5:12 lid 2 onder a Atw en arbeid in bedrijven of inrichtingen die rechtstreeks betrekking heeft op arbeid verricht in of op motorrijtuigen als bedoeld in artikel 5:12 lid 2 onder a Atw.

Voor alle beboetbare feiten zijn normbedragen vastgesteld in de ‘Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete wegvervoer’ die als bijlage 1 bij de beleidsregel is gevoegd. Daarbij worden een onderscheid gemaakt tussen direct beboetbare feiten die worden geconstateerd bij een bedrijfs- of transportinspectie en feiten waarvoor tijdens een bedrijfsinspectie eerst een waarschuwing wordt gegeven (preventief handhavingstraject) en pas in tweede instantie, nadat nogmaals is geconstateerd dat het betreffende wettelijke voorschrift

niet is nageleefd of de betreffende tekortkoming niet is opgeheven, wordt overgegaan tot boeteoplegging.

De artikelen 4 en 5 van de beleidsregel geven regels over de minimale en maximale boetes. Artikel 4 bepaalt dat de totale bij een boetebeschikking op te leggen boete, in geval er sprake is van meerdere beboetbare feiten, uit de som van de per beboetbaar feit berekende boetebedragen bestaat. Voorts schrijft artikel 4 lid 2 voor dat de boete die per boetebeschikking kan worden opgelegd minimaal € 50 bedraagt. Tot slot regelt het derde lid dat indien bij een transportinspectie geconstateerd wordt dat de bestuurder de registratiebladen en/of print-outs van de voorgaande dagen niet bij zich heeft, maar de originele registratiebladen en/of print-outs ter plaatse worden gebracht binnen de duur van het bevel tot staken van de arbeid, de boete zal worden gematigd naar € 110. Artikel 5 geeft een bijzondere regeling voor het taxivervoer. De boete voor taxivervoer als bedoeld in artikel 1 onder j van de Wet personenvervoer 2000 die maximaal per boetebeschikking kan worden opgelegd, bedraagt voor de werknemer € 2.500 en voor de werkgever als rechtspersoon € 45.000.

3.1.10.3 Motivering

De vormgeving van het boetestelsel in de Arbeidstijdenwet is gebaseerd op met name het advies 'Handhaving door bestuurlijke boetes' van de Commissie Toetsing van Wetgevingprojecten (CTW) van 12 januari 1994. In dit advies wordt de aanbeveling gedaan dat de bestuurlijke boete op grotere schaal wordt ingevoerd, omdat zo een belangrijke bijdrage kan worden geleverd aan de verbetering van de handhaving van wetgeving.

De CTW heeft ook geadviseerd over de vormgeving van de regeling van de bestuurlijke boete. Daarbij gaat zij uit van twee modellen (A en B). In de meest zuivere vorm van model A wordt het strafrecht in beginsel geheel uitgesloten en wordt de hoogte van de boete precies vastgelegd (tarifiering). In model B zijn zowel de strafrechtelijke als de bestuursrechtelijke weg open en beschikt het bestuursorgaan over beleidsvrijheid bij het bepalen van de hoogte van de boete. Hoewel de CTW zelf een voorkeur heeft voor model A blijkt in 1998 dat het model waarin het strafrecht wordt uitgesloten door de regering en wetgever niet of nauwelijks wordt gevolgd.

De bestuurlijke boete past volgens de regering in de Arbeidstijdenwet, omdat deze in beginsel een geringe normatieve lading heeft. In het algemeen plegen overtredingen van de Arbeidstijdenwet geen letsel aan personen of schade aan goederen toe te brengen. Bovendien bevat de Arbeidstijdenwet zeer eenduidig omschreven normen, die zich bij uitstek lenen voor handhaving met behulp van de bestuurlijke boete, waarbij zich in de praktijk een vaste gedragslijn zal ontwikkelen. De materie van de Arbeidstijdenwet is ook zeer geschikt om met vaste tarieven te beboeten. Tot slot zijn voor de handhaving van de Arbeidstijdenwet geen vrijheidsbenemende of andere ingrijpende dwangbevoegdheden nodig. Met betrekking tot de bestuurlijke boete in de arbeids- en rusttijdenregeling is de regering met de CTW over de vormgeving van de regeling van

de bestuurlijke boete van oordeel dat de rechtszekerheid het meest gediend is ingeval de wetgever vooraf zoveel mogelijk duidelijkheid schept over de wijze van handhaving. Concreet betekent dit dat – waar mogelijk – vooraf door de wetgever wordt aangegeven in welke gevallen de strafrechtelijke dan wel de bestuursrechtelijke weg gevolgd moet worden, zodat voor alle betrokkenen kenbaar is op welke wijze gesanctioneerd wordt.

Bij de keuze van overtredingen die bestuursrechtelijk dan wel strafrechtelijk worden afgedaan, gaat de regering uit van het door het kabinet geformuleerde standpunt dat de strafrechtelijke handhaving moet blijven bestaan voor overtredingen met een zwaardere normatieve lading. Daarmee wordt conform de heersende opvatting tot uitdrukking gebracht dat de strafrechtelijke weg open blijft ten aanzien van feiten die wegens de ernst van de gevolgen ervan de rechtsorde ernstig kunnen schokken. Om deze reden is voor overtredingen van het verbod op kinderarbeid bedoeld (art. 3:2 lid 1 en 4 en art. 3:3 lid 3 en 4 Atw) de strafrechtelijke afdoeningsmogelijkheid blijven bestaan indien een kind bij het verrichten van die arbeid een ongeval overkomt met als gevolg ernstig geestelijk of lichamelijk letsel of zelfs dodelijke afloop. In verband met de verzwarende lading, is in de Atw het negeren van een bevel tot het staken van de arbeid strafbaar gesteld. Een dergelijk bevel is het zwaarst mogelijke handhavingsinstrument dat de toezichthouders in het kader van de Arbeidstijdenwet hebben. Ook herhaalde recidive is in de Atw strafbaar gesteld. Indien het lik-op-stuk-beleid dat met de bestuurlijke boete wordt beoogd bij herhaling niet tot het gewenste resultaat leidt, blijft het strafrecht over om de betrokkene terecht te wijzen. Het strafrecht heeft hier als vangnet een toegevoegde waarde omdat bij herhaalde recidive is gebleken dat de financiële sanctie van de bestuurlijke boete niet heeft geleid tot een verbeterde naleving. De vangnetfunctie van het strafrecht zal de geloofwaardigheid van de handhaving ondersteunen en is vooral bedoeld voor notoire overtreeders van de arbeids- en rusttijdenvoorschriften.

Met betrekking tot de vervoerssectoren is voor het onderscheid tussen overtredingen met een zware dan wel lichte normatieve lading van belang of de verkeersveiligheid ernstig in gevaar is gebracht of redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de verkeersveiligheid ernstig in gevaar is gebracht. Ingeval sprake is van overtredingen met een ernstig gevaar voor de verkeersveiligheid is gekozen voor de strafrechtelijke afdoening, mede vanwege de grote gevaarzetting die in het concrete geval aan de orde is. Voor de precieze invulling van het hier bedoelde criterium (ernstig gevaar voor de verkeersveiligheid) dat in artikel 11:3 lid 3 Atw is opgenomen, dienen het OM en de IVW afspraken te maken.

Voor de invoering van de bestuurlijke boete in de Atw hebben de bevoegde bestuursorganen reeds kennis gemaakt met de bestuurlijke boete in de Arbeidsomstandighedenwet. De vormgeving van de bestuurlijke boete in de Arbeidstijdenwet sluit dan ook voor een belangrijk deel aan bij die in de Arbeidsomstandighedenwet.

Volgens de Memorie van Toelichting bij de Wet bestuurlijke boete Arbeidstijdenwet dient het handhavingsbeleid van de Arbeidstijdenwet een gedifferentieerde benadering te kennen waarbij afhankelijk van de zwaarte en de omvang van de overtreding een handhavingsinstrument wordt ingezet.¹¹⁷ In grote lijnen bestaan er twee werkwijzen. In het ene geval ontvangt de werkgever bij constatering van overtredingen een waarschuwing en vervolgens wordt een hercontrole aangekondigd. Indien bij de hercontrole wederom overtredingen worden geconstateerd, wordt een proces-verbaal opgemaakt. In het andere geval wordt de waarschuwing overgeslagen en direct proces-verbaal opgemaakt. Dit gebeurt indien er een ernstige overtreding wordt geconstateerd en indien er sprake is van fraude of onwil om verbeteringen aan te brengen. Ook in dit geval wordt een hercontrole aangekondigd. De handhaving wordt voortgezet tot overtredingen zich niet meer voordoen. Indien de bepalingen van de overlegregeling in ernstige mate worden overtreden, kan de inspectiedienst een bevel tot staken van de arbeid geven. Het handhavingsbeleid van het Atb Vervoer verloopt in principe op dezelfde wijze als dat van de Arbeidstijdenwet. Echter, de aanpak hangt af van de aard van de inspectie (wegcontroles en bedrijfscontroles). Bij wegcontroles wordt bij constatering van een overtreding direct proces-verbaal opgemaakt. Bij bedrijfscontroles hangt de verbalisering af van de mate van overtreding. In situaties van ernstige overtredingen en bij niet ernstige overtredingen waarbij het percentage overtredingen hoger ligt dan 10% van het aantal werkdagen, wordt direct proces-verbaal opgemaakt. Zijn de overtredingen minder ernstig of minder dan 10% van het aantal werkdagen, dan wordt eerst een waarschuwing gegeven.

De introductie van de bestuurlijke boete brengt ook het onderscheid in de beboeting tussen natuurlijke en rechtspersonen met zich. De bedragen wijken af van de maximale boetehoogte die in de Arbeidsomstandighedenwet wordt gehanteerd. In die laatstgenoemde wet wordt onderscheid gemaakt tussen twee boetecategorieën waarvan de eerste categorie de lichtere, en de tweede categorie de zwaardere overtredingen bevat. Een dergelijk onderscheid in kwalificaties van de beboetbare feiten, namelijk gering risico en ernstiger feiten, hangt nauw samen met de aard en de strekking van de Arbeidsomstandighedenwet. In dat opzicht is de veel digitaler geregelde normering van de arbeids- en rusttijden in de Arbeidstijdenwet van een geheel andere orde, waardoor het in de Arbeidsomstandighedenwet 1998 gemaakte onderscheid niet goed hanteerbaar is. In tegenstelling tot de Arbeidsomstandighedenwet, wordt in artikel 10:7 lid 1 Atw dus een onderscheid gemaakt naar het type overtreder.

De bedragen (€ 11.250 en € 45.000) zijn vergelijkbaar met de strafmaat die de WED toekent aan overtredingen van de Atw. In geval van recidive kan de boete met 50% worden verhoogd. De Memorie van Toelichting van de Wet bestuurlijke boete Arbeidstijdenwet licht deze bedragen uit de Atw niet nader toe. Wel wordt duidelijk aangegeven dat de boete een punitief karakter heeft. De boete maakt het niet naleven van een wettelijk voorschrift niet ongedaan,

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 000, nt.3, p.8.

maar is door haar afschrikkende werking via een lik-op-stuk beleid gericht op het voorkomen van situaties waarbij de wet wordt overtreden. De boete kan bovendien niet voorwaardelijk worden opgelegd. Hiermee wordt de bedoeling van de boete aangegeven, namelijk de mogelijkheid van het voeren van een lik-op-stuk-beleid en de daaruit voortvloeiende preventieve werking. De recidiveregeling sluit aan bij de Arbeidsomstandighedenwet.

3.1.10.4 Andere sancties

Het bestuurlijke boetestelsel valt deels samen met het strafrechtelijk instrumentarium. In artikel 11:3 Atw is het strafrechtelijke handhavingssysteem uiteengezet. Het niet naleven van een bepaling genoemd in artikel 10:1 Atw wordt aangemerkt als een strafbaar feit, indien tweemaal binnen een periode van 48 maanden, met respectievelijk tussenliggende perioden van ten hoogste 24 maanden, voor een beboetbaar feit bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden, behoudens in bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen.

Het overschrijden van het verbod van kinderarbeid, of schending van de voorschriften van de ontheffing daarvoor, wordt aangemerkt als een strafbaar feit (art. 11:3 lid 2 Atw) indien een kind bij het verrichten van arbeid een ongeval overkomt dat ernstig lichamelijk of geestelijk letsel of de dood ten gevolge heeft of indien redelijkerwijs te verwachten is dat de hiervoor genoemde gevolgen aan het verrichten van arbeid zijn verbonden.

In artikel 11:3 lid 3 Atw worden de overtredingen van de arbeids- en rusttijdensvoorschriften in de vervoerssectoren als strafbaar feit aangemerkt, indien de verkeersveiligheid ernstig in gevaar wordt gebracht. In die gevallen zal er vanwege de ernst van de situatie strafrechtelijk gehandhaafd worden.

Hierbij is artikel 10:6 Atw nog van belang. Hier is een una-via-bepaling opgenomen: “Geen bestuurlijke boete wordt opgelegd, indien een gedraging die in strijd is met deze wet of de daarop berustende bepalingen, tevens een strafbaar feit als bedoeld in art. 11:3, eerste tot en met derde lid, oplevert”.

3.1.11 Mediawet 2008

3.1.11.1 Inleiding

De Mediawet bevat inhoudelijke voorschriften voor de programma's van zowel publieke als commerciële omroepinstellingen. De noodzaak voor het opstellen van een Mediawet vloeit niet alleen voort uit eisen van Europees recht, maar ook uit een Nederlands sociaal-cultureel belang. De Mediawet biedt onder meer de grondslag voor financiering en regulering van de landelijke publieke omroep en de Wereldomroep, regulering van commerciële radio en te-

levisie en bevorderen van culturele en onafhankelijk audiovisuele producties. De Mediawet 2008 raakt deels aan de werking van de Telecommunicatiewet, dat zich richt op de feitelijke verspreiding van omroepsignalen. De inhoud van de programma's wordt geregeld in de Mediawet 2008.

Artikel 7.12 Mediawet verschaft het Commissariaat voor de Media de (discretionaire) bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen. Deze bevoegdheid ziet op een grote variatie aan beboetbare feiten. De overtredingen hebben doorgaans betrekking op de reclame- en sponsorregels van zowel publieke als commerciële omroepen en van programmavoorschriften, neventaken en nevenactiviteiten en de financiën van de publieke omroepen. Verder kan bijvoorbeeld een boete worden opgelegd indien omroepen niet langer voldoen aan de vergunningsvoorschriften. De normen in de Mediawet richten zich met name tot aanbieders van omroepzenders en omroepnetwerken, commerciële mediadiensten, programmaraden en gemeentebesturen. De normen zijn dus vooral bedoeld voor rechtspersonen.

De Mediawet 2008 valt onder de verantwoordelijkheid van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW). Het bestuursorgaan dat bevoegd is tot het opleggen van boetes, is het Commissariaat voor de Media (art. 7.12 Mediawet 2008). In 2009 zijn ongeveer zes bestuurlijke boetes opgelegd.

3.1.11.2 Vormgeving boetestelsel

De maximale boete voor alle overtredingen bedraagt € 225.000. Voor het overige is het boetestelsel vormgegeven in de Beleidslijn sanctiemaatregelen 2011 van het Commissariaat voor de Media. Deze beleidsregel bevat een gedragslijn ten aanzien van alle mogelijke bestuurlijke sancties, waaronder het opleggen van een bestuurlijke boete, maar ook het verminderen of intrekken van het aantal uren waartoe de zendgerechtigde gerechtigd is en het opleggen van een last onder dwangsom. Bij de beoordeling van de vraag of en, zo ja, welke sanctiemaatregel dient te worden getroffen, houdt het Commissariaat rekening met de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de belanghebbende kan worden verweten. Het Commissariaat houdt bij de beoordeling rekening met relevante omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Meer in het bijzonder voor de vaststelling van de hoogte van een bestuurlijke boete hanteert het Commissariaat de volgende berekeningsmethodiek. Voor het bepalen van de ernst van een overtreding zijn de te handhaven normen allereerst onderverdeeld in drie categorieën (A, B en C) met verschillende bandbreedtes. In dit kader wordt vervolgens, voor wat de impact van een overtreding betreft, een onderscheid gemaakt tussen media-instellingen met een landelijk, regionaal of lokaal publieksbereik c.q. verspreidingsniveau.

De plaatsing van de betrokken overtreding binnen de in de boetecategorieën weergegeven bandbreedtes is afhankelijk van de aard, de ernst en voor zover relevant de duur van de overtreding. Aan de hand van boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden wordt vervolgens beoordeeld of en, zo ja, in welke mate de overtreding verwijtbaar is, en wordt zodoende de hoogte

van de op te leggen boete vastgesteld. De vaststelling van de boetecategorie laat de mogelijkheid onverlet dat door toepassing van artikel 2.13 Mediawet en/of door de aanwezigheid van boeteverhogende en boeteverlagende factoren buiten de berekeningsmethodiek en/of de bandbreedte van de desbetreffende boetecategorie wordt getreden. Per feit/artikel wordt aangegeven of het valt in boetecategorie A, B of C.

De in de beleidsregel neergelegde berekeningsmethodiek voor de bepaling van de hoogte van boetes fungeert als leidraad en niet als dwingend voorschrift. In daarvoor naar het oordeel van het CvdM in aanmerking komende omstandigheden kan van die methodiek worden afgeweken. Het CvdM kan aan de overtreder nogmaals een bestuurlijke boete opleggen indien de overtreding na een eerdere bestuurlijke boete voortduurt. Alvorens een dergelijke herhaalboete wordt opgelegd, stelt het CvdM de overtreder bij schriftelijke kennisgeving in de gelegenheid om binnen een redelijke termijn alsnog de overtreding te staken.

3.1.11.3 Motivering

Bij de introductie van de boetebevoegdheid was de regering van mening van de op te leggen boetes niet meer kunnen bedragen dan f 50.000 per overtreding. Met betrekking tot de overtreding van de bepalingen die het niet-commerciële karakter van de radio- en televisieprogramma's moeten waarborgen, was evenwel een hogere boete mogelijk. De boetes moeten immers zo hoog zijn, dat “voorkomen wordt dat een eventuele wetsovertreding ondanks een sanctie financieel voordeel op zou kunnen leveren”. De beleidslijn van het CvdM is niet nader gemotiveerd. Gedeeltelijk zijn de keuzes met het vaststellen van de regels gegeven.

3.1.11.4 Andere sancties

Bestuursrechtelijk instrumentarium

Ingevolge artikel 7.12 lid 3 Mediawet kan het CvdM bij overtreding van bepaalde voorschriften een last onder dwangsom opleggen. Deze bevoegdheid is met name bedoeld voor de gevallen waarin publieke media-instellingen nevenactiviteiten verrichten in strijd met de daarvoor geldende regels. Het opleggen van een last onder dwangsom is nadrukkelijk niet van toepassing als het gaat om de inhoud van het media-aanbod. Het Commissariaat houdt geen voorafgaand toezicht op de inhoud van media-aanbod. Overtredingen terzake van de inhoud van media-aanbod worden pas achteraf geconstateerd. Een last onder dwangsom die vooraf toezicht op de inhoud van media-aanbod impliceert, is met dit principiële uitgangspunt niet te verenigen.

Tot het bestuursrechtelijk instrumentarium behoort ook de mogelijkheid om zenduren in te trekken. Deze bevoegdheid is neergelegd in artikel 7.14 Mediawet. Volgens de Beleidslijn wordt een dergelijke sanctie slechts opgelegd indien sprake is van het herhaaldelijk of langdurig niet voldoen aan de voor-

schriften die bij of krachtens de Mediawet 2008 voor de overtreder gelden, dan wel in het geval van een overtreding waarbij sprake is van grove onachtzaamheid of (voorwaardelijk) opzet.

3.1.12 Wet op het financieel toezicht

3.1.12.1 Inleiding

De Wet op het financieel toezicht (Wft) regelt het toezicht op nagenoeg de gehele financiële sector in Nederland. Het doel van de Wft is de wetgeving voor de financiële markten doelgericht, marktgericht en inzichtelijk te maken. De Wft richt zich met name op een ieder die in beroep of bedrijf op de financiële markten opereert. Het gaat hier met name om allerlei financiële ondernemingen.

De wet kent twee toezichthouders: De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële markten (AFM). De werkzaamheden van de toezichthouders zijn strikt gescheiden. Het prudentieel toezicht is de taak van DNB, terwijl de AFM verantwoordelijk is voor het gedragstoezicht.

Artikel 1:80 lid 1 Wft bepaalt dat de toezichthouder een bestuurlijke boete kan (discretionaire bevoegdheid) opleggen ten aanzien van overtreding van een aantal genoemde voorschriften. Deze voorschriften worden onder meer in de bijlage bij artikel 1:80 lid 1 Wft genoemd. Voorbeelden zijn: rapportageverplichtingen, het tijdig aanleveren van gegevens en informatie aan de toezichthouders, het voldoen aan de medewerkingsplicht, het voldoen aan aanwijzingen, voorschriften of beperkingen die door de toezichthouder zijn gesteld of eisen aan de bedrijfsvoering of administratieve organisatie van een onderneming, het opereren zonder vergunning, het aanleveren van misleidende informatie aan de toezichthouder, het verrichten van ongeoorloofde activiteiten in de markt zoals misleiding van consumenten, het overtreden van reclameregels of koersmanipulatie, het niet melden van wijzigingen aan de toezichthouder en het niet voldoen aan een meldplicht inzake incidenten.

Het ministerie dat verantwoordelijk is voor de uitvoering van de Wft is het ministerie van Financiën. De AFM legde in 2010 in totaal 53 bestuurlijke boetes op, een meer dan in 2009. Dit aantal betreft het totaal aantal boetes, dus ten aanzien van alle wetgeving op grond waarvan de AFM bevoegd is tot oplegging van bestuurlijke boetes. Het aantal boetes dat de AFM oplegde aan organisaties zonder vergunning daalde van 38 in 2009 naar twaalf in 2010. DNB heeft in 2010 twee bestuurlijke boetes opgelegd (mogelijk) ten aanzien van een overtreding van de Wft.

3.1.12.2 Vormgeving boetestelsel

Artikel 1:81 lid 1 Wft bepaalt dat “het bedrag van de bestuurlijke boete wordt bepaald bij algemene maatregel van bestuur, met dien verstande dat de bestuurlijke boete voor een afzonderlijke overtreding ten hoogste € 4.000.000 bedraagt”. In de tweede zin van hetzelfde artikellid is een recidivebepaling opgenomen die voorschrijft dat indien tijdens het plegen van de overtreding nog geen vijf jaren zijn verlopen sinds het opleggen van een bestuurlijke boete aan de overtreder ter zake van eenzelfde overtreding, het bedrag van de bestuurlijke boete voor een afzonderlijke overtreding wordt verdubbeld.

Bij AMvB (het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector) is de op te leggen bestuurlijke boete nader gespecificeerd. De overtredingen worden gerangschikt in categorieën naar zwaarte van de overtreding met de daarbij behorende basisbedragen, minimumbedragen en maximumbedragen. Voor categorie een geldt het basisbedrag van € 10.000, dat tevens het maximumbedrag vormt. Categorie twee heeft als basisbedrag € 500.000 en als maximum € 1.000.000. En voor categorie drie geldt een basisbedrag van € 2.000.000 en een maximum van € 4.000.000.

Tot slot is in artikel 1:81 lid 3 Wft te lezen dat in afwijking van het voorgaande de toezichthouder de hoogte van de bestuurlijke boete kan vaststellen op ten hoogste twee keer het bedrag van het voordeel dat de overtreder heeft verkregen, indien diens voordeel groter is dan € 2.000.000.

Uit § 1 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector volgt dat voor het opleggen van een bestuurlijke boete het basisbedrag dat in de wet is vastgesteld (art. 1:81 lid 2 Wft) als uitgangspunt wordt genomen. Artikel 2 van het Besluit bepaalt dat de toezichthouder de bestuurlijke boete in de tweede of derde categorie vaststelt op het basisbedrag. Indien de ernst of duur van de overtreding of de mate van verwijtbaarheid van de overtreder dit rechtvaardigt, verlaagt of verhoogt de toezichthouder het basisbedrag met ten hoogste 50%. Artikel 3 van het Besluit herhaalt slechts de recidivebepaling van artikel 1:81 lid 1 tweede zin Wft.

Bij het vaststellen van de boete dient de toezichthouder rekening te houden met de draagkracht van de overtreder. Dit betekent dat de toezichthouder, indien nodig, de bestuurlijke boete kan verlagen met maximaal 100% (art. 4 van het Besluit).

De AFM en DNB hebben, ingevolge artikel 1:46 Wft, samen beleid opgesteld betreffende de handhaving van de bepalingen van de financiële wet- en regelgeving waarop zij toezicht houden. Het handhavingsbeleid geeft inzicht in de uitgangspunten en factoren die voor de toezichthouders van belang zijn bij het bepalen van de inzet van handhavingsinstrumenten, teneinde naleving van de in de financiële wet- en regelgeving neergelegde normen te bewerkstelligen. Door beoordeling van de ernst van de overtreding en overige concrete omstandigheden van het geval komen de toezichthouders tot een passende wijze van optreden.

Vanuit de eigen taak bij de naleving van de financiële wet- en regelgeving en op grond van de overige relevante omstandigheden en belangen, maken de toezichthouders zelfstandig een afweging bij het bepalen van de inzet van handhavingsinstrumenten. Op grond van de financiële wet- en regelgeving dan wel het tussen de AFM en DNB gesloten Convenant wordt in de daarin bepaalde gevallen de zienswijze van de andere toezichthouder bij deze afweging betrokken dan wel wordt deze afweging met de andere toezichthouder afgestemd.

Op basis van de doelstellingen van de financiële wetgeving (waaronder het waarborgen van de soliditeit van financiële ondernemingen en pensioenfondsen, de stabiliteit van de financiële sector, ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen, zorgvuldige behandeling van cliënten, bescherming van de belegger/consument en de integriteit van het financiële stelsel) hebben de toezichthouders een aantal uitgangspunten (§ 3) geformuleerd die zij hanteren bij de inzet van handhavingsinstrumenten. Uit deze uitgangspunten volgt dat het optreden is gericht op het bereiken van normconform gedrag en afhankelijk is van de inhoud en strekking van de norm, en dat in beginsel niet wordt gedoogd, maar wel effectief wordt opgetreden. Ten slotte geldt als uitgangspunt dat wordt opgetreden overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Bij de afweging of een bestuurlijke boete moet worden opgelegd, wordt overwogen of de geconstateerde overtreding of opgelegde sanctie openbaar moet worden gemaakt. De toezichthouders overwegen daartoe over te gaan als dat naar hun oordeel strookt met het doel van de overtreden wet- en regelgeving. Een openbare waarschuwing zal van belang zijn als het handhaven op dat moment voornamelijk ziet op de bescherming van de consument, de signaalwerking naar de markt en het ‘schoon houden’ van de markt. Overigens is het publiceren van sancties in het kader van de Wft verplicht.

3.1.12.3 Motivering

De mogelijkheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes is per 1 januari 2000 toegevoegd aan de financiële toezichtwetten. In de Memorie van Toelichting bij de Wft wordt de keuze voor bestuursrechtelijke handhaving toegelicht.¹¹⁸ Benadrukt wordt dat bestuursrechtelijke handhaving alleen een alternatief kan zijn voor strafrechtelijke handhaving indien voldaan is aan de eisen van artikel 6 EVRM. Vanuit een oogpunt van effectiviteit verdient het de voorkeur dat primair het met toezicht op de naleving belast bestuursorgaan bevoegd is om handhavingsmaatregelen op te leggen. De met handhaving belaste toezichthouders zijn op die manier niet afhankelijk van het al dan niet instellen van een strafrechtelijke vervolging door het OM, maar kunnen overtreding van de bij of krachtens het wetsvoorstel gestelde regels zelf sanctioneren. Bestuursrechtelijke handhaving staat derhalve voorop, strafrechtelijke handhaving is

¹¹⁸ *Kamerstukken II 2007/08, 31 458, nr. 3, p.1-9.*

daarnaast mogelijk voor specifieke overtredingen, waarvan wenselijk is dat zij tevens worden aangemerkt als economisch delict in de zin van de WED. In die gevallen waarin zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke sanctionering mogelijk is, geldt het una via beginsel: er kan slechts gekozen worden voor een van beide trajecten. Vanzelfsprekend worden de toezichthouders geacht ‘met beleid’ gebruik te maken van hun bevoegdheden. Of, wanneer en hoe de bevoegdheden worden ingezet is in beginsel ter bepaling aan de toezichthouder, binnen de discretionaire ruimte die deze daartoe heeft. De bevoegdheden kunnen daarom worden ingezet waar dit ten behoeve van het toezicht op de naleving dan wel handhaving nodig wordt geacht door de toezichthouders. Zodra eenmaal is gekozen om bepaalde bevoegdheden in te zetten, dient dit vanzelfsprekend op zorgvuldige wijze te gebeuren, dat wil zeggen met inachtneming van alle geschreven (in de Awb opgenomen) en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De indeling naar drie boetecategorieën wordt in de Nota van toelichting bij het Besluit nader gemotiveerd. Voor de eerste boetecategorie geldt dat telkens een vast bedrag wordt opgelegd, zonder rekening te houden met verhogende of verlagende omstandigheden, anders dan recidive. Hier gaat het om hoofdzakelijk relatief lichte, vaak voorkomende overtredingen. De pakkans bij deze overtredingen is relatief hoog terwijl het daaruit voortvloeiende financiële voordeel relatief gering is. Voor de tweede en derde boetecategorie geldt een flexibele boetesystematiek met een wettelijk maximum van € 1.000.000 en € 4.000.000. Twee uitzonderingen bestaan hierop. Als eerste ingeval de toezichthouder in staat is het verkregen voordeel te bepalen als gevolg van de overtreding. Indien dat het geval is, kan de toezichthouder het verkregen voordeel als uitgangspunt gebruiken bij het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete. De bestuurlijke boete kan dan oplopen tot maximaal tweemaal het voordeel dat is verkregen als gevolg van de overtreding. Ten tweede geldt het dubbele wettelijke maximum ingeval van recidive. De wettelijke maxima bedragen dan respectievelijk € 2.000.000 en € 8.000.000. Bij het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete in de tweede of derde categorie dient de toezichthouder, met inachtneming van de in het Besluit opgenomen boete-verhogende en –verlagende factoren, rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Deze factoren zijn: ernst en duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreder. De toezichthouder dient zich er tevens van te vergewissen of er gelet op de draagkracht van de overtreder redenen zijn om het bedrag van de op te leggen bestuurlijke boete te matigen.

De keuzes in de Wft en het daarop gebaseerde Besluit worden nader onderbouwd in de nota Boetestelsel in financiële wetgeving.¹¹⁹ In de nota wordt aangevoerd dat bestuurlijke boetes mede in de financiële wetgeving zijn ingevoerd om de bestuursrechtelijke handhaving te verbeteren en een accentverschuiving te bewerkstelligen van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving. De bestuurlijke boete heeft bijgedragen aan een verbetering van de snelheid en ef-

¹¹⁹ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 125, nr. 2, p.1-25.

ficiëntie bij het handhaven tegen overtredingen van financiële wetgeving, nu de toezichthouder beter wordt betrokken bij de rechtshandhaving. De boete heeft eveneens bijgedragen aan de kwaliteit van de rechtshandhaving, aangezien de toezichthouders op grond van hun specifieke kennis en ervaring op het gebied van de financiële sector geschikter zijn gebleken om de handhaving op zich te nemen dan andere overheidsinstellingen. Volgens een door het ministerie van Justitie ontwikkeld analysemodel (de ‘Tafel van Elf’) vormen de pakkans, de sanctiekans (de kans dat op een normovertreding ook daadwerkelijk een straf volgt) en de sanctiehoogte factoren die van invloed kunnen zijn op de mate waarin regels of voorschriften door een bepaalde doelgroep worden nageleefd dan wel overtreden. Het gebruik van bestuurlijke boetes als handhavingsinstrument verhoogt deze factoren uit de ‘Tafel van Elf’. De invoering van de bestuurlijke boete heeft reeds bijgedragen aan een vergroting van de pakkans en sanctiekans. Door de sanctiehoogte te verhogen, zoals in de nota wordt voorgesteld, kan ook de preventieve werking verhoogd worden, hetgeen een gunstige invloed zal hebben op de mate waarin voorschriften worden nageleefd.

In de nota wordt benadrukt dat om effectieve handhaving van de bepalingen in financiële wetgeving mogelijk te maken, bestuurlijke boetes in zoveel mogelijk gevallen een evenredig antwoord op een overtreding dienen te kunnen bieden. Van de boete moet een dusdanige preventieve werking uitgaan dat toekomstig onwenselijk gedrag van zowel de overtreder als van anderen wordt voorkomen. Boetes moeten proportioneel zijn en niet te laag uitvallen. De opgelegde boetes moeten bovendien ook daadwerkelijk (kunnen) worden geïnd. Voorts wordt in de nota afstand gedaan van een systeem van vaste bestuurlijke boetes. Overwogen wordt dat de vaste boetesystematiek een aantal voordelen en nadelen kent. Het voordeel is de eenvoud ervan. Een systeem met vaste boetes is dan ook met name bij veelvoorkomende of standaarddelicten nuttig. Een systeem van vaste boetes draagt bij aan de rechtszekerheid, aangezien de hoogte van de bestuurlijke boete niet wordt overgelaten aan het subjectieve oordeel van de toezichthouder. Het nadeel van een vaste boetesystematiek is dat de boetehoogtes niet altijd goed aansluiten bij alle omstandigheden die bij de overtreding aan de orde zijn. In het huidige financiële toezicht kan bijvoorbeeld weinig tot geen rekening worden gehouden met zaken als de mate van verwijtbaarheid, recidive of het door de overtreding verkregen wederrechtelijk voordeel. Voor zware overtredingen, waarbij overtredders voordeel kunnen behalen door het continueren van de overtreding, bestaat niet de mogelijkheid om een proportionele boete op te leggen die een afdoende afschrikwekkend effect heeft. Een vaste boetesystematiek kan het de ‘calculerende overtreder’ gemakkelijker maken; hij weet precies vooraf welke boete hem boven het hoofd hangt als hij wordt gepakt en kan uitrekenen of dit opweegt tegen de baten.

In de nota worden een aantal opties uitgewerkt die de nadelen van de huidige boetesystematiek moeten kunnen oplossen: a) handhaven van de bestaande systematiek met aanpassing van de bedragen, b) overgaan op een flexibele boetesystematiek en c) een combinatie van vaste en flexibele boetesystematiek introduceren. Uiteindelijk gaat de voorkeur uit naar de laatste optie. In een ge-

combineerd systeem geldt voor een bepaalde categorie ‘lichte’ overtredingen de vaste boetesystematiek, met eventueel aangepaste bedragen. Dit zijn overtredingen waarbij de pakkans over het algemeen vrij hoog is dan wel het door de overtreder te behalen voordeel relatief laag is. Bovendien dragen dergelijke overtredingen het karakter van een ‘verzuimovertreiding’, waarvoor geldt dat naleving ook goed kan worden afgedwongen met een dwangsom. Voor de overige ‘zwaardere’ overtredingen geldt een flexibele boetesystematiek met een hoger maximumbedrag. Met een dergelijke systematiek kunnen de sterke punten van het vaste systeem (eenvoud, rechtszekerheid) worden gecombineerd met de sterke punten van een flexibel systeem (proportionele boetes). Dit biedt een evenwicht tussen de efficiëntie van het stelsel en de evenredigheid van de op te leggen boetes. De kwaliteit van de handhaving wordt verbeterd door de mogelijkheid om bij zwaardere overtredingen rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Voor de zwaardere overtredingen geldt een flexibel stelsel, waarbij rekening houdend met alle omstandigheden van het geval een gemotiveerde, gedegen en genuanceerde boete kan worden bepaald. Voor de lichtere overtredingen of standaardovertredingen geldt de efficiëntie, duidelijkheid en zekerheid van vaste boetecategorieën. Overigens blijft in alle gevallen de matigingsbevoegdheid van toezichthouders gelden. Om die reden is het introduceren van een vaste boetecategorie nul niet noodzakelijk. De toezichthouders kunnen immers altijd een boete tot nul matigen, indien zij daartoe aanleiding zien.

3.1.12.4 Andere sancties

Bestuursrecht

Uit de toelichting van de AFM en DNB bij het gezamenlijk handhavingsbeleid blijkt dat niet bij elke overtreding wettelijke handhavingsinstrumenten worden ingezet. Vooral bij onder toezicht staande instellingen wordt de overgrote meerderheid van de zaken afgedaan met een normoverdragend gesprek of een waarschuwingsbrief. Deze interventies blijken veelvuldig te worden gebruikt: de AFM heeft in 673 zaken een dergelijk gesprek belegd, terwijl in 329 zaken een maatregel is opgelegd. Voor DNB zijn de cijfers nog duidelijker: in 841 gevallen een gesprek of waarschuwingsbrief, en in 141 een formele maatregel.

De formele maatregelen variëren van het geven van een aanwijzing, tot het opleggen van een last onder dwangsom. Daarnaast kan de toezichthouder de rechtbank verzoeken om een noodregeling uit te spreken, openbare waarschuwingen publiceren, een curator benoemen. Ten slotte kan de vergunning of registratie worden gewijzigd, of geheel of gedeeltelijk worden ingetrokken of beperkt.

Strafrecht

Onder artikel 1 onder 2° en 3° WED worden veel artikelen uit de Wft als economisch delict gekwalificeerd. Ten aanzien van deze artikelen kunnen

(vaak) ook bestuurlijke maatregelen worden genomen. Om ongewenste overlap te voorkomen, hebben de AFM, DNB en het OM het ‘Convenant bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties’ opgesteld (hierna: het Convenant). In de regel treden de toezichthouders zelf bestuursrechtelijk op tegen geconstateerde overtredingen van financiële wet- en regelgeving. In een aantal gevallen wordt echter (ook) aangifte bij het OM overwogen. Overleg met tussen de toezichthouders en het Functioneel Parket en de FIOD-ECD vindt plaats indien het een overtreding van een verbodsbepaling betreft of indien het een overtreding betreft van artikel 5:59 lid 1 of 5 Wft (art. 3 lid 1 Convenant). Indien de toezichthouder voornemens is een bestuurlijke sanctie op te leggen voor andere overtredingen dan hiervoor omschreven, informeert de toezichthouder het Functioneel Parket, met het oog op afstemming van de afdoening, wanneer: a) sprake is van samenloop met een of meer afzonderlijke gedragingen waarvoor uitsluitend strafrechtelijke afdoening openstaat, b) sprake is van een herhaling van een overtreding of c) naar het oordeel van de toezichthouder sprake is van een overtreding waarbij de specifieke omstandigheden van het geval – beoordeeld in het licht van de ernst van de overtreding, de mate van opzet en verwijtbaarheid, de omvang van de schade en in relatie tot de bescherming van het publiek – aanleiding geven tot het informeren van het Functioneel Parket (art. 3 lid 2 Convenant). Het besluit over welke vorm van afdoening in de onderhavige situatie het meest passend is, wordt genomen op basis van een afweging waarbij onder meer de complexiteit van de overtreding, de noodzaak tot inzet van strafrechtelijke (dwang)middelen, de samenloop met commune delicten, de verwijtbaarheid, maatschappelijke onrust en het te verwachten effect van bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke afdoening worden beoordeeld. Wanneer de toezichthouders het vermoeden hebben van serieuze bijkomende commune delicten, zullen zij in beginsel aangifte doen van zowel de geconstateerde overtreding van de financiële wet- en regelgeving als van de vermoede commune delicten. Onder omstandigheden kan echter worden gekozen voor het splitsen van een zaak in een bestuursrechtelijk deel en een strafrechtelijk deel.

De overtredingen van de Wft die in artikel 1 onder 2^e WED strafbaar zijn gesteld, kunnen gesanctioneerd worden met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of een geldboete van de vierde categorie in het geval van een misdrijf (art. 6 lid 1 onder 2^e WED) of met hechtenis van ten hoogste zes maanden, taakstraf of geldboete van de vierde categorie in het geval van een overtreding (art. 6 lid 1 onder 4^e WED).

In de Memorie van Toelichting bij de ‘Wet wijziging boetstelsel financiële wetgeving’ wordt ook stilgestaan bij de strafrechtelijke handhaving.¹²⁰ Tijdens de parlementaire behandeling van deze wet hebben verschillende partijen de vrees geuit dat het afdoen van een overtreding via het bestuursrecht tot een zwaardere sanctie kan leiden dan wanneer de overtre-

¹²⁰ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 458, nr. 3, p.3,5-6.

ding strafrechtelijk zou worden afgedaan. De verhoging van de wettelijke maxima en de wijziging van de inrichting van de boetesystematiek brengt inderdaad mee dat hogere bestuurlijke boetes kunnen en zullen worden opgelegd dan mogelijk is via een strafrechtelijke afdoening. De draagkracht van de financiële instellingen die te maken krijgen met deze bestuurlijke boetes, loopt nogal uiteen. Om een effectieve handhaving te kunnen realiseren, is vereist dat de preventieve werking van bestuursrechtelijke sancties voldoende groot is. In de Memorie van Toelichting wordt bovendien opgemerkt dat het niet uitzonderlijk is dat het bedrag van een via het bestuursrecht op te leggen boete hoger is dan het bedrag dat via strafrechtelijke afdoening had kunnen worden vastgesteld. Denk bijvoorbeeld aan het mededingingsrecht. Tot slot moet niet uit het oog worden verloren dat strafrechtelijke afdoening kan leiden tot een vrijheidsbenemende straf en bijkomende maatregelen, waaronder voordeelsontneming. De wijziging van de financiële wetgeving beoogt effectieve handhaving en effectieve preventieve werking mogelijk te maken. Dit vereist dat de toezichthouder een op de betrokken financiële instelling toegesneden bestuurlijke boete kan opleggen. Bij een overtreding is een strafrechtelijke afdoening dan ook bedoeld voor de ernstigste gevallen: gevallen waarin een financiële sanctie op maat alleen niet volstaat.

3.2 Boetepraktijk

In § 3.1 is beschreven hoe de boetesystematiek van twaalf bestuurlijke boeteregelingen op papier (wet en beleid) in elkaar steekt. Op basis van deze verkenning ontstaat er al een beeld van de relevante factoren die van invloed zijn op de wettelijke boetemaxima en het boetebeleid. Daarmee is echter nog niets gezegd over de praktijk van boeteoplegging. De volgende stap is daarom het reconstrueren van de toepassing van het boetebeleid. Hiertoe is een drietal case studies verricht. Deze betreffen de AOW, de Tabakswet en de Mededingingswet. De case studies zijn uitgevoerd door middel van interviews (met beleidsmedewerkers, die overzicht hebben van het boetebeleid, en met beslis-sers die de dagelijkse afwegingen maken ten aanzien van de boeteoplegging). De (medewerkers van) bestuursorganen waarmee gesproken is, zijn vaak ook bevoegd bestuurlijke boetes op te leggen ten aanzien van andere wetgeving. Hoewel daar het zwaartepunt niet lag, is tijdens de gesprekken ook gesproken over de boetepraktijk van deze andere wetgeving. Het doel van deze case studies is om te verifiëren of ‘het papier’ in de praktijk uitgangspunt is van de boeteoplegging. Met andere woorden, het doel is om erachter te komen of in de praktijk wel of geen, op andere uitgangspunten gestoelde, interne richtlijnen worden gebruikt bij de concrete boeteoplegging. Hieronder blijkt dat dit niet het geval is. De kenbare, openbare regels uit de wet en/of het beleid blijken daadwerkelijk toegepast worden in de praktijk.

3.2.1 Algemene Ouderdomswet

De bevoegdheid bestuurlijke boetes op grond van de AOW op te leggen, ligt in handen van de SvB. De wet schrijft een maximale boete van € 2.269 voor ten aanzien van het niet nakomen van de inlichtingenverplichting. In andere socialezekerheidswetgeving, zoals de AKW, de ANW, de WW, WIA, et cetera, komt een vergelijkbare bepaling voor. In het Boetebesluit socialezekerheidswetten is bepaald dat als uitgangspunt voor de bestuurlijke boete 10% van het benadelingsbedrag wordt gehanteerd. Vervolgens is in beleidsregels van de SvB (en het UVW) neergelegd dat de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en overige omstandigheden van het geval dit uitgangspunt kunnen beïnvloeden. Bij de eerste overtreding wordt slechts een waarschuwing gegeven, mits de overtreding niet heeft geleid tot een teveelbetaling/benadelingsbedrag.

Het meest in het oog springende voorbeeld van het overtreden van de inlichtingenverplichting uit de AOW is dat partners gaan samenwonen zonder deze nieuwe woonsituatie door te geven aan de SvB. Ook komt het nog wel eens voor dat de (wijzigingen in de) inkomsten van de jongere partner van een uitkeringsgerechtigde niet worden doorgegeven. De hoogte van dit inkomen is van belang voor de hoogte van de toeslag voor de jongere partner.

In het kader van de AOW-case study is gesproken met een medewerker op het hoofdkantoor van de SvB die deel uitmaakt van de afdeling Recht en Beleid (de juridisch-beleidsmatige afdeling van de SvB waar onder andere het beleid van de SvB wordt vastgesteld) en met een medewerker bezwaar op het regiokantoor in Groningen. De SvB beschikt over ongeveer 2.500 werknemers die verspreid zijn over negen regiokantoren en het hoofdkantoor.

De medewerkers die de boetebeschikkingen opstellen zijn de ‘IST-medewerkers’ (integraal-serviceteammedewerkers). Deze IST-medewerkers werken verspreid over de verschillende regiokantoren. Iedere IST-medewerker is bevoegd bestuurlijke boetes op te leggen voor alle wetten die vallen onder de verantwoordelijkheid van de SvB. De IST-medewerkers zijn in de regel geen juristen en hebben een mbo-achtergrond.

De IST-medewerkers werken met het interne ICT-systeem ‘Paradocs’. In Paradocs wordt voorgeschreven hoe een werknemer dient te handelen indien hij of zij een boeterapport krijgt voorgelegd. Allereerst wordt daarin het juridische kader uiteengezet: de bestuurlijke boetebepalingen uit de bijzondere wet, maar ook de Awb-bepalingen over verjaring, ne bis in idem, una via, ontbreken van verwijtbaarheid en rechtvaardigingsgronden worden gememoreerd. Vervolgens geeft Paradocs aan hoe het beleid dient te worden toegepast. Uitgangspunt is dat de hoogte van de boete wordt afgestemd op de ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Paradocs herhaalt de beleidsregels van de SvB met daarbij een korte toelichting.

In de praktijk blijken, volgens de respondenten, medewerkers nog wel eens moeite te hebben met de open normen, zoals wanneer sprake is van verminderde verwijtbaarheid, die in het beleid zijn opgenomen en ook niet in ParadoCS volledig zijn uitgekristalliseerd. Er is bewust voor gekozen de open normen in het beleid ook in ParadoCS niet te veel in te vullen. Voor de komst van ParadoCS werden in de interne richtlijnen meer voorbeelden gegeven, maar het nadeel daarvan was dat deze voorbeelden als een blauwdruk werden gezien van de werkelijkheid, terwijl juist telkens sprake moet zijn van een individuele afweging. In ParadoCS is er voor gekozen wel handvatten te geven aan de medewerkers, maar alleen op hoofdlijnen, zodat de individuele afweging door de beoordelaar zelf moet worden. Een open systeem kan twee kanten uitwerken. Aan de ene kant kunnen er medewerkers zijn die onvoldoende rekening houden met omstandigheden en dus snel de standaardboete opleggen en aan de andere kant kunnen er medewerkers zijn die de open normen te ver oprekken en geen of een te lage boete opleggen. De Svb gaat er vanuit dat iedere medewerker een goede zelfstandige beoordeling kan maken van de feiten en omstandigheden. Met de huidige wet, de AMvB, het beleid en ParadoCS zijn er duidelijke uniforme kaders, waarbij ook ruimte overblijft voor een individuele afweging. Bij twijfel wordt er overleg gevoerd met collega's of de bezwaarmedewerker. Mocht men er dan nog niet uitkomen, dan is er nog een vestigingsjurist naar wie men kan toestappen. In het meest extreme geval wordt contact gezocht met de afdeling Recht en Beleid op het hoofdkantoor.

Naast het juridisch kader kent ParadoCS ook een procesdeel. Hierin worden praktische aanwijzingen gegeven voor de medewerker over hoe de betrokkene dient te worden gehoord, hoe de boetebeschikking dient te worden opgemaakt en verstuurd, et cetera. ParadoCS kent een onderverdeling naar de verschillende wetten (AKW, ANW, AOW), zodat delict specifieke verschillen een plaats krijgen; de werkwijze blijft echter dezelfde.

Hoewel het Boetebesluit socialezekerheidswetten als richtlijn voor de boetehoogte 10% van het benadelingsbedrag voorschrijft, is er in de praktijk telkens sprake van een individuele afweging. Vaak is het wel zo dat klanten pas bij de mogelijkheid om te reageren op een voornemen boeteoplegging of in bezwaar komen met nieuwe informatie die kan leiden tot matiging van de boete. Het opleggen van een bestuurlijke boete die grenst aan of op het wettelijk maximum zit, komt geregeld voor. Als een klant een halfjaar of een jaar te laat is, dan loopt het benadelingsbedrag snel hoog op. Terugvorderingsbedragen van € 40.000 of € 50.000 zijn dan niet uitzonderlijk. In dit soort situaties komt wel het strafrecht in beeld (zie hieronder), maar soms komen deze gevallen toch weer bij de Svb terecht en dan wordt een boete tegen het wettelijk maximum of op het wettelijk maximum vastgesteld.

In de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude is vastgelegd dat boven een bepaald benadelingsbedrag geen bestuurlijke boete meer wordt opgelegd, maar dat het OM wordt ingeschakeld voor een strafrechtelijke fraudeaanpak. Uit de gesprekken met de respondenten blijkt dat de trend is steeds meer in te zetten op bestuurlijke handhaving en minder nadruk te leggen op strafrechtelijke

lijke handhaving. De respondenten vinden deze ontwikkeling positief, omdat de mogelijkheden binnen de bestuurlijke handhaving groter zijn (er bestaan verschillende maatregelen naast boeteoplegging) en omdat het in 'eigen huis' hebben van de handhaving ervoor zorgt dat het opleggen van een sanctie deel uitmaakt van de relatie die de bank al met de klanten heeft. Op deze manier staat handhaving niet los van de overige contacten die de Svb reeds onderhoudt met de klanten. Bovendien is het innen van de boetes vaak gemakkelijk(er), omdat deze kunnen worden verrekend met de uitkering.

Het contact met het ministerie van SZW verloopt via de bedrijfscoördinatie handhaving (BCHH) van de Svb. De Svb wordt tegenwoordig bij nieuwe plannen van het ministerie vrij vroeg betrokken. Werd de Svb in het verleden pas op het moment dat er een conceptwetsvoorstel was opgesteld geconsulteerd, nu wordt in een veel eerder stadium de mening van de Svb gevraagd. Op het moment dat er nieuwe wetgeving aankomt, gaat de afdeling Recht en beleid aan de slag om beleidsregels op te stellen. De Afdeling klantencommunicatie zet vervolgens de inhoud van de wet en het beleid om in gemakkelijk te begrijpen aanwijzingen voor Paradoes (zonder de wet en het beleid uit het oog te verliezen). De boetebeleidsregels van de Svb komen dan ook voort uit de (parlementaire geschiedenis van de) Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid waarop in de loop der jaren steeds is voortgeborduurd.

De minister van SZW heeft aangekondigd de bestuurlijke boetes in de sociale zekerheid fors te verhogen (100% van het benadelingsbedrag en bij een tweede overtreding wordt naast een boete en terugvordering de betrockene voor een periode van vijf jaar uitgesloten van de uitkering). De respondenten staan ambivalent tegenover deze plannen. Dat heeft vooral te maken met de aard van de overtreding en de aard van de overtredders. Om de AOW en samenwonende partners als voorbeeld te nemen: het is moeilijk daar het omslagpunt te bepalen. Er bestaat een grijs gebied waarbij het niet duidelijk is of partners nu wel of niet samenwonen. Betrokkenen zijn zich vaak niet bewust van de overtreding en voelen zich bestempeld als een misdadiger op het moment dat zij geconfronteerd worden met een bestraffende sanctie. Bovendien bestaat er al de verplichting tot terugbetalen van het te veel uitgekeerde. Als de plannen van de minister doorgang vinden, moeten betrokkenen tweemaal het benadelingsbedrag betalen en dat kan in veel gevallen een behoorlijk probleem worden.

Op dit moment is het zo dat het beleid nog ruimte biedt om mensen een kans te geven, om situaties niet met een bestuurlijke boete hoeven af te doen, of in elk geval met een gematigde bestuurlijke boete. In de nieuwe boeteplannen wordt veel meer nadruk gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van mensen, naar de mening van de respondenten. Op het moment dat iemand daaraan niet voldoet, wordt er fors gereageerd. Door middel van toegestuurde brochures en het internet dient men natuurlijk op de hoogte te (kunnen) zijn van de verplichtingen en de consequenties indien men zich niet daaraan houdt. In de praktijk blijkt echter dat vaak niet bewust de inlichtingenverplichting

wordt verzaakt. Samenwonen bijvoorbeeld, kan door de tijd heen zo gegroeid zijn, waarbij men vergeet dit te melden aan de Svb. Het opleggen van een bestuurlijke boete van 100% van het benadelingsbedrag, naast de terugvordering, vinden de respondenten dan ook een (te) zwaar middel.

Verwacht wordt dat bij verhoging van de boetes het aantal bezwaarschiften exponentieel zal toenemen. Bovendien zal die verhoging tot gevolg hebben dat, indien de huidige toetsingselementen blijven bestaan, veel vaker de financiële omstandigheden van de betrokkenen ertoe leiden dat de boete niet binnen een jaar betaald kan worden en daarom gematigd moet worden. Bovendien kunnen problemen ontstaan met de inning van de boete. Ondanks de vraagtekens van de Svb, heeft de Svb aan het ministerie meegegeven dat de wetgeving wel kan worden uitgevoerd. Op het moment van het ter perse gaan van dit rapport is het definitieve oordeel van de Svb over het ontwerp boete - Amvb nog niet bekend.

3.2.2 Tabakswet

De nVWA beschikt over de bevoegdheid bestuurlijke boetes op te leggen ten aanzien van de Tabakswet. In de wet wordt een onderscheid gemaakt tussen reclameovertredingen (boetemaximum van € 45.000) en overige overtredingen (boetemaximum van € 4.500). De bijlage van de wet deelt de overtredingen in drie categorieën in (A, B en C), naar de ernst van de overtreding. Per categorie geldt een vast boetebedrag (feitcodering).

Er is gesproken met de Hoofd Juridische Zaken van de nVWA en met de teamleider 'Bestuurlijke maatregelen'. De juridische afdeling bestaat uit twee teams: 'bestuurlijke maatregelen' en 'adviezen en procedures'. In het laatste team zitten de juristen. Vanuit dit team wordt advies gegeven aan de primaire divisies, dus op operationeel niveau, maar ook op meer strategisch niveau. Bovendien worden in dit team alle schadeclaims, WOB-verzoeken, de bezwaren en (hoger) beroep behandeld. In dit team zit dus het kleine advocatenbureau van de nVWA. Het team bestuurlijke maatregelen (ongeveer 20 medewerkers) verzorgt de oplegging van bestuurlijke boetes en andere bestuurlijke maatregelen (denk aan de last onder bestuursdwang of de last onder dwangsom) voor de nVWA. De medewerkers in dit team hebben over het algemeen een HBO-achtergrond. Vaak zijn het personen die vanuit het controleursvak naar deze functie gegroeid zijn. Op de regiokantoren worden overigens geen bestuurlijke maatregelen opgelegd: deze worden centraal opgelegd. Dit laatste is een bewuste keuze. Het bewaken van de uniformiteit, de efficiëntie en de kwaliteit zijn hier de hoofdredenen.

In het team 'Bestuurlijke maatregelen' zijn er vier functies te onderscheiden. Allereerst die van de administratieve medewerkers; zij zijn verantwoordelijk voor administratieve afhandeling van de zaken (bijvoorbeeld het inschrijven van de zaken). Vervolgens zijn er de ondersteunende beschikkingmakers. Zij handelen de boetezaken af na controle door de beschikkingmakers. Op het moment dat er een verweer op een zienswijze moet worden geschreven, wor-

den de beschikkingenmakers ingeschakeld, die vervolgens een passende boetebeschikking opmaken. Tot slot zijn er de senior-beschikkingenmakers. De senior-beschikkingenmakers maken zelf geen voornemens en beschikkingen. Zij coördineren het proces, houden zich bezig met de lastige zaken, fungeren als sparringpartners van de beschikkingenmakers, onderhouden contact met het CJIB (die de incassoprocedure voor de nVWA verzorgt), houden nieuwe regelgeving in de gaten en houden bijvoorbeeld de cijfers bij. Daarboven staat de teamleider. Er zijn drie senior-beschikkingenmakers die elk hun eigen specialisatie hebben qua wetgevingsterrein.

Bij het behandelen van een boeterapport wordt gewerkt met het zogenaamde BBS-systeem. Daarin zijn alle feiten opgenomen uit alle wetten die vallen onder de bevoegdheid van de nVWA. De beschikkingenmaker moet het boeterapport vertalen in artikelen die zijn overtreden; de beschikkingenmaker voert alle relevante gegevens in en in de regel rolt vervolgens uit het systeem een standaardboete, zoals deze ook in de wet is te vinden. Daarbij is het natuurlijk wel van het grootste belang dat de overtreding en de overtreder in een zaak goed omschreven zijn en dat alle beschuldigingen bewezen kunnen worden. In sommige wetten die vallen onder de verantwoordelijkheid van de nVWA, zoals de Warenwet, is het bovendien van belang of de overtreder een natuurlijke persoon of een rechtspersoon is. De eerste krijgt de helft van het boetebedrag van de tweede opgelegd. De grootte van de onderneming, waarbij gekeken wordt naar het aantal werknemers dat de onderneming volgens de Kamer van Koophandel in dienst heeft, kan soms ook bepalend zijn voor de hoogte van de bestuurlijke boete. Met het toezenden van het boeterapport wordt aan de overtreder ook een voornemen tot boeteoplegging bekendgemaakt. De overtreder krijgt aldus de gelegenheid een zienswijze in te dienen tegen dit voornemen. Op basis van de zienswijze en het verweer tegen de zienswijze wordt al dan niet besloten tot boeteoplegging over te gaan en voor welk bedrag.

Naast het BBS-systeem (dat alleen een digitale weergave van de wet en aanverwante regelgeving is) bestaan er geen interne instructies ten aanzien van de boeteoplegging. In het merendeel van de gevallen wordt dan ook de standaard voorgeschreven boete opgelegd. In een enkel geval leiden de bijzondere omstandigheden van het geval toch tot een afwijking van dit bedrag (artikel 5:46 lid 3 Awb). Ook hiervoor bestaan geen richtlijnen. Doet zich een bijzonder geval voor, dan zal een beschikkingennemer eerst overleggen met zijn senior en eventueel nog overleggen met een jurist van de afdeling ‘adviezen en procedures’. In de praktijk blijkt dat eigenlijk alleen wordt afgeweken van de standaardboete indien een ondernemer niet in staat is de boete te betalen, dus bij gebrek aan financiële middelen.

Een van de respondenten heeft de bestuurlijke boete mede-geïmplementeerd in de nVWA-wetgeving. Er bestond rond de laatste eeuwwisseling een aanzienlijk handhavingstekort in de nVWA-wetgeving. Het strafrecht schoot tekort; het werkte traag, de boetes waren te laag, er waren te veel sepot, et cetera. Het rapport van de Commissie Korthals-Altes uit

1995 schreef als algemene oplossing voor het handhavingstekort de bestuurlijke boete voor en deze oplossing werd opgepikt door de VWA. De Vierde Tranche van de Awb was toen nog niet in zicht, dus de VWA moest allerlei algemene leerstukken zelf in de bijzondere wet regelen en vormgeven. Wat betreft die algemene leerstukken en wat betreft de hoogte van de boete heeft men allereerst naar het strafrecht gekeken. Daarnaast heeft men veel samengewerkt met de Arbeidsinspectie die net iets voor de VWA uitging voor wat betreft het invoeren van de bestuurlijke boete.

Uiteindelijk zijn de minister van VWS en een aantal medewerkers van de VWA om de tafel gaan zitten om een geschikt, afschrikwekkend boetemaximum te kiezen voor de Warenwet. Naast afschrikwekkendheid is ook gekeken naar het economisch voordeel die met de overtredingen kunnen worden behaald, naar de sancties in het strafrecht, naar de grootte van een onderneming, et cetera. Ondanks dergelijke objectieve overwegingen was de keuze voor het boetemaximum vrij willekeurig. Ook bij de andere nVWA-wetten waarin de bestuurlijke boete is ingevoerd, blijkt uit het gesprek met de respondent het bepalen van het wettelijk maximum 'natte vingerwerk'.

Er is door de wetgever, in overleg met de nVWA, telkens voor de systematiek van gefixeerde bedragen gekozen. De hoogte van deze bedragen hangt af van de indeling van de overtredingen naar de ernst van het feit. Er zijn drie categorieën: ernstige, minder ernstige en geringe overtredingen. De respondenten zijn grote voorstanders van gefixeerde bedragen, omdat zodoende per feit geen integrale afweging meer hoeft plaats te vinden. De wetgever heeft reeds een stempel gedrukt op de ernst van de overtredingen feit door verschillende maxima voor te schrijven en die keuze hoeft vervolgens niet meer door een beschikkingennemer te worden gemaakt. Op deze manier is de bestuurlijke last laag (het opleggen van ongeveer 5.000 bestuurlijke boetes per jaar is een heel karwei als telkens een integrale afweging dient te worden gemaakt) en wordt willekeur voorkomen.

Hoewel de systematiek dezelfde is, namelijk die van gefixeerde boetebedragen, is de wetgevingstechniek steeds net anders (bedragen staan of in de bijlage van de wet, of in een AMvB, of in een ministeriële regeling). Het contact met de ministeries is, volgens de respondenten, goed en de nVWA heeft zeker invloed op de inhoud van de wetgeving, maar op dit punt blijkt elk ministerie (VWA en EL&I) een voorkeur te hebben voor een bepaalde, eigen, wetgevingstechniek. Voor de werkwijze van de nVWA is uniformiteit op dit punt gemakkelijker en daarom hamert de nVWA bij de ministeries daar ook op.

Het BBS-systeem is geënt op de Warenwet. Dit is de eerste 'nVWA-wet' waarin een bestuurlijke boete is ingevoerd. De overige wetten zijn telkens in dit systeem verwerkt en opgenomen. Dit zal ook gebeuren met de wetgevingscomplexen die de bevoegdheid van de nVWA nog verder uitbreiden na de fusie met de AID en de PD. Bijzonder is dat de nVWA ook voor een ander bestuursorgaan de boeteoplegging verzorgt, namelijk voor de IGZ. Recent is de bestuurlijke boete in een tiental IGZ-wetten ingevoerd. De IGZ moest dat op de een of andere manier gaan opzetten en nam een kijkje in de keukens van

de nVWA (de nVWA en de IGZ vallen immers gedeeltelijk onder hetzelfde ministerie). Uiteindelijk is men tot de conclusie gekomen dat het voor de IGZ gemakkelijker is (gezien ook het aantal boetes per jaar, ongeveer tien) de boeteoplegging onder te brengen bij de nVWA dan zelf een bestuurlijke boeteafdeling te vormen. Op deze manier hoeft de IGZ immers niet zelf een boetesystematiek, een boete-infrastructuur of een ICT-systeem op te zetten. Let wel, de boeteoplegging geschiedt formeel door de IGZ, alleen het werk wordt gedaan door de nVWA (middels een samenwerkingsovereenkomst). De IGZ is bovendien wel inhoudelijk betrokken bij ingewikkelde zaken en bezwaar en beroep.

Het strafrecht speelt op de achtergrond bij de nVWA-wetgeving ook nog een kleine rol. De nadruk ligt op bestuursrechtelijke handhaving, maar in enkele, in de Richtlijn strafvordering Warenwet omschreven, gevallen verdient de strafrechtelijke handhaving de voorkeur. De noodzaak tot het gebruik van verregaande dwangmiddelen en het gevaar voor mens of dier zijn daarvan voorbeelden. De keuze of een zaak bestuurlijk of strafrechtelijk wordt afgedaan, ligt in handen van de divisie Opsporing van de nVWA, waarbij telkens overleg wordt gepleegd met het OM en de nVWA.

3.2.3 Mededingingswet

Voor de Mededingingswet-case study is gesproken met het hoofd van de ‘Juridische Dienst’ van de NMa en een zaakbehandelaar die deel uitmaakt van deze afdeling.

De Mededingingswet (Mw) geeft de raad van bestuur van de NMa in verschillende artikelen de bevoegdheid bestuurlijke boetes op te leggen. Artikel 56 schept die bevoegdheid ten aanzien van overtredingen van het verbod op mededingingsafspraken (art. 6 Mw; het kartelverbod) en van overtredingen van het verbod op misbruik van een economische machtspositie (art. 24 Mw). Het wettelijk boetemaximum ten aanzien van deze overtredingen is geregeld in artikel 57 Mw: “De bestuurlijke boete bedraagt ten hoogste € 450 000 of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming [...]”. Indien een bestuurlijke boete wordt opgelegd aan een natuurlijk persoon geldt een boetemaximum van € 450.000. Het merendeel van de daadwerkelijk opgelegde bestuurlijk boetes ziet op een overtreding van het kartelverbod. Daarnaast wordt er elk jaar wel een aantal bestuurlijke boetes opgelegd vanwege formele overtredingen. Al met worden per jaar ongeveer tien dossiers behandeld.

Artikel 54a Mw schrijft voor dat “de werkzaamheden in verband met het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij de opstelling van het in artikel 59, eerste lid, onderscheidenlijk 77, eerste lid, bedoelde rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek”. Uit de Memorie van Toelichting van de Mededingingswet (Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 50-51 en 60) volgt dat de wetgever een formele scheiding van toezicht en onderzoek

aan de ene kant en het opleggen van sancties aan de andere kant niet nodig of wenselijk heeft geacht, maar ter bevordering van de objectiviteit van de besluitvorming met deze gebodsbepaling heeft beoogd te komen tot een zekere feitelijke distantie tussen deze activiteiten. De feitelijke scheiding tussen het onderzoek en het opstellen van het rapport enerzijds en het opleggen van een sanctie anderzijds komt tot uitdrukking in de organisatie van de NMa, doordat twee verschillende afdelingen (na elkaar) met die werkzaamheden zijn belast. Dit dient een zo objectief mogelijke opstelling van sanctiebeschikkingen te garanderen. In dit verband wordt wel gesproken van ‘Chinese walls’. Hieraan is uitvoering gegeven door de Directie Mededinging (DM) te belasten met toezicht en onderzoek (leidend tot een rapport), en de Juridische Dienst (JD) met het horen van partijen en het concipiëren van een beschikking, waarin een beslissing wordt genomen over het opleggen van een boete. De raad van bestuur neemt dus een sanctiebesluit naar aanleiding van het rapport van de DM, de zienswijzen die betrokkenen daarop hebben kunnen indienen en het verslag van de daaropvolgende hoorzitting. Waar precies de ‘Chinese Walls’ worden opgetrokken, kan overigens nog wel leiden tot enige discussie, zo blijkt uit een recente uitspraak van het CBb. In deze uitspraak (CBb 30 augustus 2011, LJN BR6737) komt het CBb tot de conclusie dat de JD artikel 54a Mw heeft geschonden door naar aanleiding van de mondelinge zienswijze van de overtreder omtrent het rapport, informatie op te vragen bij de Stichting Aanbestedingsvraagstukken Installatietechniek. Dit valt volgens het CBb onder onderzoek dat feitelijk gericht is geweest op het vaststellen van de overtreding (wat een taak is van de DM en niet van de JD).

Bij het opstellen van het boetebesluit zijn zowel juristen als economen betrokken. De inmenging van economen bij de boeteprocedure is van groot belang, omdat zij economische mededingingsvraagstukken kunnen analyseren, bijvoorbeeld de vraag of en hoe een bepaalde afspraak, een gedraging of een transactie zoals een fusie, de mededinging of de welvaart kan schaden (dit is de centrale hypothese in een mededingingsprocedure, ook wel theory of harm genoemd). De uitkomst van deze vraag kan bijvoorbeeld invloed hebben voor het oordeel over de ‘ernst’ van de overtreding.

De hoogte van de boete wordt uiteindelijk vastgesteld aan de hand van de beleidsregels van de Minister van EZ voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009. Hieruit volgt dat de NMa drie boetesystematieken hanteert. Bij overtredingen van de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet wordt de boetegrondslag afgeleid uit de betrokken omzet. Dit is de omzet die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met de levering van goederen en diensten waarop die overtreding betrekking heeft. Hoe hoger de betrokken omzet, des te groter is ook de weerslag op de economie die de overtreding in het algemeen kan hebben. Bij de ‘overige’ overtredingen is de (potentiële) weerslag op de economie van de overtreding of de met de bepaling te beschermen belangen in het algemeen niet eenvoudig te relateren aan een bepaalde omzet. Bij deze overtredingen wordt de boetegrondslag daarom afgeleid uit de totale jaaromzet van de overtreder. De totale

jaaromzet vormt een indicatie voor de economische macht van de overtreder en kan daarmee bij overtreding van bepaalde normen tevens een indicatie vormen van de potentiële weerslag van de overtreding op de economie. Daarnaast wordt bereikt dat de boete in een gepaste verhouding staat tot de totale omvang van de overtreder en daardoor afschrikwekkend is. Bij de boetes die worden opgelegd aan natuurlijke personen stelt de raad de boetegrondslag vast met inachtneming van de ernst van de overtreding en het inkomen en vermogen van de overtreder teneinde tot een boete te komen die zowel uit het oogpunt van algemene als uit het oogpunt van specifieke preventie voldoende afschrikwekkend is.

Ten aanzien van de boete oplegging wegens overtreding van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet geldt dat na berekening van de boetegrondslag (10% van de betrokken omzet van de overtreder) deze grondslag wordt vermenigvuldigd met een factor (E) voor de ernst van de overtreding. Naargelang de ernst van de overtreding wordt deze factor vastgesteld op een waarde van ten hoogste vijf. Vervolgens kan de boete nog aangepast worden door de werking van boeteverhogende en –verlagende omstandigheden.

De bestuurlijke boete die de NMa uiteindelijk oplegt is telkens gericht op handhaving van de wet door bestraffing van de overtreding hiervan. De boete heeft daardoor als doel de specifieke en generieke preventie ten aanzien van de regels waarop de NMa toezicht houdt en niet het ontnemen van voordeel aan de overtreder (dit is ook feitelijk onmogelijk, omdat bijvoorbeeld kartelwinst of de toegebrachte schade aan de consumentenwelvaart zeer moeilijk te kwantificeren is). Om de beoogde afschrikkende werking te bereiken wordt een afweging gemaakt tussen enerzijds de pakkans vermenigvuldigd met de boete en anderzijds de mogelijke winst.

Ondernemingen en bepaalde natuurlijke personen die betrokken zijn of zijn geweest bij een kartel, kunnen via een clementieprocedure algehele boetevrijstelling of een boeteverlaging krijgen. Voorwaarde is dat zij tijdig een clementieverzoek indienen bij het clementiebureau van de NMa en volledige medewerking verlenen tijdens de procedure. De eerste clementieverzoeker uit een kartel kan zelfs boete-immuniteit verkrijgen. De mate waarin de clementieverzoeker ‘korting’ krijgt op de boete hangt af van: het tijdstip van indiening, de vraag of de NMa al een onderzoek naar het kartel is gestart en de waarde van de informatie die met het clementieverzoek wordt verstrekt. De raad beslist over het clementieverzoek aan de hand van de beleidsregels van de minister van Economische Zaken tot vermindering van geldboetes betreffende kartels uit 2009 (Stcrt. 2009, nr. 14078). Deze beleidsregels sluiten nauw aan bij het Model Clementieprogramma van het European Competition Network.

De invoering van de clementieprocedure riep discussie op, aangezien overtreders calculerend te werk kunnen gaan en zelfs onder een boete uit kunnen komen. De NMa hoopt echter, en ziet ook in de praktijk, dat deze procedure ertoe bijdraagt kartels eerder op het spoor te komen en dat het kartels destabiliseert.

De Mededingingswet is, als het gaat om de materiële bepalingen, grotendeels gebaseerd op het Europese mededingingsrecht. Dat geldt ook voor de sanctiebepaling van artikel 57 Mw; zowel het Europese als het nationale mededingingsrecht geven immers een gelijke mogelijkheid (voor de EC en de NMa) aan ondernemingen boetes op te leggen tot 10% van de omzet in het voorafgaande boekjaar. Als het gaat om de formele/procedurele regels, zijn lidstaten binnen bepaalde grenzen vrij in het bepalen daarvan, maar binnen het kader van het European Competition Network (ECN) letten alle lidstaten op elkaar en vindt spontane harmonisatie plaats, zonder dat dit dus wordt voorgeschreven ('soft convergence'). Het ECN bestaat uit de EC en de mededingingsautoriteiten van de EU-lidstaten; de EC is in dit netwerk verantwoordelijk voor het ontwikkelen van het beleid en het waarborgen van de coherente toepassing van het Europese mededingingsrecht.

De mogelijkheid bestuurlijke boetes op te leggen aan natuurlijke personen bestaat, in 2011, pas een aantal jaren. Er wordt van deze mogelijkheid nog niet op grote schaal gebruikgemaakt. Het is namelijk lastig een natuurlijk persoon (de CEO of een divisie manager) te beboeten, omdat het moeilijk te traceren is wie precies in de onderneming feitelijk leidinggever/opdrachtgever is geweest bij de overtreding. Toch zou dat in de toekomst wel eens kunnen veranderen, omdat het uiteindelijk een 'persoon' is die de overtreding pleegt.

3.3 Aanzet tot een referentiekader voor bestuurlijke boetes

3.3.1 Inleiding

Uit de onderzochte bestuurlijke boetestelsels doemt een beeld op met de relevante motieven en factoren die van invloed zijn op enerzijds de boetehoogte en anderzijds de wijze waarop het boetestelsel is vormgegeven. Ten behoeve van de vergelijking bevat dit hoofdstuk aan het slot een schematisch overzicht van de onderzochte boetestelsels en de score op een aantal kenmerken.

3.3.2 Factoren die de boetehoogte bepalen

De verschillende boetestelsels leveren een aantal factoren op die steeds van invloed zijn op de hoogte van de op te leggen boete. Deze factoren worden zowel genoemd bij de rechtvaardiging van de wettelijke, maximale boetehoogte (eerste niveau) als bij de invulling van de boetebevoegdheid in beleid (tweede niveau). De factoren laten zich in vier categorieën samenvatten:

- De aard van de overtreding, inclusief het rechtsgoed dat met de voorschriften wordt beschermd.
- De aard van de persoon;

- Het behaalde profijt, herstel van de gevolgen, samenhang andere sanctiemogelijkheden.
- Recidive.

3.3.2.1 Aard overtreding/rechtsgoed

In de parlementaire stukken ter toelichting van de boetehoogte wordt steevast gerefereerd aan het publieke belang dat met de te handhaven voorschriften wordt beschermd. Deze publieke belangen variëren van enerzijds collectieve veiligheidsbelangen (volksgezondheid, verkeersveiligheid) tot anderzijds integriteitsbelangen, meer in het bijzonder de bescherming van de integriteit van de markt (Mw, Whc). Van belang is om op te merken dat de rechtsgoederen waarvoor een bestuurlijke boete wordt ingericht niet *primair* zien op de bescherming van individuele eigendom of andere individuele belangen. In de toelichtingen wordt juist voor de bescherming van individuele belangen gewezen op de alternatieven van civielrechtelijke procedures (Mw, Whc). Ook ziet de bestuurlijke boete niet op de meer normatief geladen rechtsgoederen als de democratische rechtsstaat. Zodra de rechtsorde te zeer wordt geschokt en de overtreding als ‘zeer ernstig’ wordt beschouwd, wordt het strafrecht als meer aangewezen handhavingsinstrumentarium aangemerkt.

De rechtsgoederen waarvoor een bestuurlijke boete wordt ingericht, zijn daarentegen normatief neutraler en richten zich bij uitstek op ordeningswetgeving. Overtreding van deze regelgeving werkt weliswaar verstorend en dient te worden tegengegaan, maar niet omdat daarmee een hoger moreel belang wordt gediend. De rechtsgoederen waarvoor een bestuurlijke boete wordt ingericht, laten zich als volgt schematisch situeren.

Tabel 3.2: rechtsgoederen bestuurlijke boete met voorbeelden

Rechtsgoederen bestuurlijke boete			
	Collectieve belangen	Individuele belangen	
Demo- cratische rechtsorde	Algemene veiligheid en integriteit	Vrijheid en integriteit van de persoon	Eigendom
Nvt (strafrecht, staatsrecht)	Voorbeelden (o.a.): - bescherming openbare orde (Gemeentewet) - bescherming financiële systeem (Wft, Wta, Wgt, Wtt) - bescherming consument (Whc) - bescherming Nederlandse econo- mie (Algemene Douanewet, Wet op de accijns) - creëren en beschermen open en eerlijke markt (Tabakswet, Me- dedingingswet, Telecommunica- tietwet, Mediawet 2008, Wav) - verkeersveiligheid (Wahv) - beschermen volksgezondheid (Warenwet, Geneesmiddelenwet, Tabakswet, Meststoffenwet) - draagvlak / solidariteitsborging (AOW, Akw, Anw, WAO, WW, Awr) - beschermen zorg(stelsel) (Kwaliteitswet zorginstellin- gen, Wet afbreking zwanger- schap, Wet kinderopvang, Wet marktordening gezondheidszorg, Zorgverzekeringswet) - verdelen schaarse woonruimte (Huisvestingswet)	Voorbeelden (o.a.) - bescherming indi- viduele werknemer (Arbowet, Arbeidstij- denwet, Wav) - bescherming indi- viduele consument (Whc)	Secundair (Primair civiele acties)

3.3.2.2 Aard persoon

Bij de aard van de persoon gaat het om het verschil tussen enerzijds natuurlijke personen en anderzijds rechtspersonen, dan wel enerzijds overtredingen be-
gaan bij de uitoefening van een functie of bedrijf en anderzijds overtredingen
begaan als privépersoon. Indien de normadressaat een privépersoon betreft, is
in het boetestelsel meer aandacht voor persoonlijke omstandigheden die van

invloed kunnen zijn op de verwijtbaarheid van de overtreding (AOW). Indien de normadressaat een bedrijf of onderneming betreft, zijn deze omstandigheden minder van belang. In dat geval bevat het boetestelsel soms een verfijning naar omvang van het bedrijf, waarbij soms het aantal medewerkers als maatstaf wordt genomen (Geneesmiddelenwet) en in andere gevallen de behaalde omzet als maat geldt (Mw). De variatie voor wat betreft de grootte van het bedrijf vormt een uitdrukking van de draagkracht en daarmee een poging om de proportionaliteit van de sanctie te bepalen.

3.3.2.3 Behaald profijt, herstel gevolgen, samenhang andere sanctiemogelijkheden

In een aantal boetestelsels congrueert de boetehoogte rechtstreeks met het behaalde voordeel. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de vergrijpboetes op grond van de Awr, en voor een deel bij de boetes op grond van de Telecommunicatiewet en de Mededingingswet. Met de boete wordt beoogd het voordeel af te romen, opdat de overtreding ‘niet loont’.

Het is interessant dat in veel gevallen het bestuursorgaan dat tot boeteoplegging bevoegd is ook bevoegd is om door middel van dwangmiddelen de overtreding te beëindigen. Hoewel geen expliciete overwegingen zijn aangetroffen ten aanzien van de samenhang van deze sanctiemogelijkheden, worden deze alternatieven wel expliciet genoemd door de wetgever als onderdeel van het bestuursrechtelijk handavingsinstrumentarium.

Een bijzondere contextvariabele betreft de ‘hight trust’-overwegingen in het beleid van een aantal boetestelsels (Telecommunicatiewet en Mededingingswet). In deze boetestelsels worden, gelet ook op de aard van het te beschermen rechtsgoed, met een aantal normadressaten afspraken gemaakt omtrent de naleving van de voorschriften. Het schenden van een afspraak vormt een boeteverzwarende omstandigheid.

3.3.2.4 Recidive

Een factor die boeteverhogend werkt, is recidive. Herhaalde overtredingen leiden in vrijwel alle onderzochte boetestelsels tot een verhoging van de op te leggen boete. Opvallend is dat de herhaling soms ook aanleiding kan zijn om het bestuursrechtelijke handavingsinstrumentarium in te wisselen voor het strafrechtelijke. Dit houdt verband met de geschokte rechtsorde en morele afkeuring bij voortdurende overtredingen. In de desbetreffende gevallen wordt het strafrecht als de juiste afdoeningsmethodiek beschouwd, juist omdat de strafrechter soms meer sanctiemogelijkheden tot zijn beschikking heeft.

3.3.3 Factoren die de vormgeving bepalen

De boetestelsels variëren niet alleen voor wat betreft de boetehoogte. Ook de techniek waarmee de boetehoogte in individuele gevallen wordt bepaald, verschilt. Soms vindt standaardisatie plaats in de wet of in een bijlage van de wet, soms is deze standaardisatie in beleid of beleidsregels te vinden en in een enkel geval is behalve het wettelijk maximum geen enkele nadere uitwerking van de boetebevoegdheid aangetroffen (Geneesmiddelenwet). Ook de techniek verschilt, van een standaardbedrag tot een reksom afhankelijk van het behaalde voordeel. De aangetroffen variatie hangt samen met drie factoren:

- Het ministerie dat verantwoordelijk is voor de wetgeving.
- Het aantal bestuurlijke boetes/efficiëntie.
- De voorspelbaarheid van de overtreding, eenvoudig vast te stellen overtredingen.

3.3.3.1 Ministerie

Uit het vergelijkende overzicht valt op dat de vormgeving met name voor wat betreft de vraag of nadere normering in de wet of in beleid(sregels) plaatsvindt sterk samenhangt met het ministerie dat verantwoordelijk is voor het wettelijke design. In een aantal gevallen wordt expliciet in de parlementaire geschiedenis gerefereerd aan andere vergelijkbare wetgeving (vergelijk Telecommunicatiewet en Mededingingswet).

3.3.3.2 Aantal bestuurlijke boetes

Ten tweede vormt de frequentie van boeteoplegging een redelijke verklaring voor de mate waarin de boetehoogte in algemeen verbindende voorschriften is gefixeerd. Voorbeelden van een volledige wettelijk gefixeerd systeem in verband met de grote aantallen boetes zijn de Wvhv en de Wav. Andersom is geen verfijning aangetroffen bij de uitvoering van de Whc, terwijl bij deze wet relatief weinig bestuurlijke boetes worden opgelegd. De mate van fixatie en de vorm ervan houden sterk verband met de aantallen overtredingen en de aantallen malen dat een bestuurlijke boete moet worden opgelegd. Bij grote aantallen valt simpelweg niet te berekenen welke boete in het concrete geval recht doet aan de specifieke inbreuk op de rechtsorde. In dergelijke gevallen wordt vastgehouden aan een standaardbedrag, waarvan in abstracto wordt aangenomen dat dat bedrag de proportionele sanctie vormt op de tevoren omschreven overtreding.

3.3.3.3 Voorspelbaarheid overtreding

Ten slotte volgt uit de parlementaire geschiedenis dat de eenvoud van de vast te stellen overtreding eveneens een relevant criterium vormt voor de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht en voor de techniek van het bestuursrechtelijke systeem. Over het algemeen kenmerkt de bestuursrechtelijke boete zich door

een sterke(re) regelgeleide boetevaststelling. Modaliteiten als boetelijstjes, eventueel vastgestelde rekensommen, zijn eerder regel dan uitzondering. De wetgever en het bestuursorgaan hebben een sterke voorkeur voor het dicht-regelen van discretionariteit, niet alleen waar het gaat om de keuze óf een boete moet worden opgelegd, maar ook ten aanzien van de vaststelling van de boetehoogte. Naarmate de bewijsvoering eenvoudiger is, zal het regelkader waarmee de boete wordt vastgesteld eenvoudiger zijn (vergelijk de Wahv-overtredingen versus overtredingen van de Wft). De sterke dominantie van het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht, waarbij de nadruk ligt op de overeenkomsten tussen twee gevallen, draagt daaraan bij.

3.3.4 Schematisch overzicht

Uit de twaalf onderzochte bestuurlijke boetestelsels doemt een beeld op met de relevante motieven en factoren die van invloed zijn op enerzijds de boetehoogte en anderzijds de wijze waarop het boetestelsel is vormgegeven. Ten behoeve van de vergelijking volgt tot slot een schematisch overzicht van de twaalf onderzochte boetestelsels en de score op een aantal kenmerken.

Op de volgende pagina:

Tabel 3.3

Wet(en) per departement	Grondslag	Bestuursorgaan	Type overtreder	aantal boetes in 2009	wettelijk maximum	indeling wet?	hoe?	inde-ling avv?	hoe?	inde-ling bo-lood?	hoe?	Eut-rope-se in-de-hand-s-ving?
Binnenlandse Zaken												
Huisvestingswet	85a	college van B&W	privépersoon bedrijf	on-bekend	€ 340 / € 18.500	*	over-treding	*	feitco-dering			
Wet inburgering	29/30/31/33	college van B&W	privépersoon	on-bekend	€ 250 / € 500 / € 1.000	*	over-treding	*	feitco-dering			
Wet veiligheidsregio's	64 lid 2	college van B&W	privépersoon bedrijf	on-bekend	€ 9.000							
EL&I												
Wet op het Centraal Bureau voor de Statistiek	43 lid 1 en 2	DG van de statistiek	bedrijf	geen	€ 5.000						*	
Wet handhaving consumentenbescherming	2.9 en 2.7, 3.4 lid 1, 3, 4, 3.6 lid 2, 3.8 lid 2, 3.10 lid 2, 3.12 lid 2	Consumentenautoriteit / AFM / Minister van VWS / Cv&M / nVWA en IVW (laaste 2 maanden minister)	bedrijf	5*	€ 4.500 of € 450.000 / € 76.000 of € 450.000 / 225.000 / € 450.000 / 4.000.000	*	over-treding				*	
Electriciteitswet 1998	77i lid 1, onder a en b, 77i lid 2	Nma	bedrijf	9*	€ 450.000 / € 450.000 of 1% van de omzet / 10% van de omzet	*	over-treding / overtreder			*	basisboete (categorie % van de omzet) x factor ernst overtreding +/- boete beïnvloedende factoren / bandbreedtes	*
Gaswet	60ad lid 1, onder a en b, 60ad, lid 2	Nma	bedrijf	9*	€ 450.000 / € 450.000 of 1% van de omzet / 10% van de omzet	*	over-treding / overtreder			*	basisboete (categorie % van de omzet) x factor ernst overtreding +/- boete beïnvloedende factoren / bandbreedtes	*
Loodswet	45f lid 1, onder a, 45f lid 2, 45h	Nma	bedrijf	geen	€ 450.000 / € 450.000 of 1% of 10% van de omzet	*	over-treding / overtreder			*	basisboete (categorie % van de omzet) x factor ernst overtreding +/- boete beïnvloedende factoren / bandbreedtes	*
Mededingingswet	56 lid 1, 57 lid 1, 69 lid 1, 70a, 70b, 71-74, 75a, 76a	Nma	bedrijf	12	€ 450.000 / € 450.000 of 1% of 10% van de omzet	*	over-treding / overtreder			*	basisboete (% of categorie % van de omzet) x factor ernst overtreding +/- boete beïnvloedende factoren / bandbreedtes	*

Het bestuursrechtelijke referentiekader getoetst

4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is nagegaan welke factoren in het strafrecht en in het bestuursrecht van invloed zijn op de boetehoogte. Dit mondde uit in een referentiekader met daarin een aantal factoren dat van invloed is op de boetehoogte. In dit hoofdstuk wordt dat referentiekader getoetst aan een aantal bestuursrechtelijke boetestelsels.¹

De boetehoogte wordt bepaald door drie kenmerken waarover elk boetestelsel beschikt: het wettelijke boetemaximum, het boetebedrag dat binnen dat boetemaximum in beleid of beleidsregels is vastgesteld, en ten slotte de techniek waarmee binnen dat wettelijke boetestelsel de boete wordt vastgesteld. In het referentiekader zijn deze kenmerken de *afhankelijke* variabelen die worden getoetst.

De factoren die in de voorgaande hoofdstukken zijn omschreven, hebben enerzijds betrekking op de inhoudelijke afwegingen die ten grondslag liggen aan het wettelijke boetemaximum en daarbinnen het boetebedrag zoals dat in beleid wordt vastgesteld. Het gaat dan om:

- De aard van de overtreding, of het rechtsgoed dat met de voorschriften wordt beschermd.
- De aard van de overtreder.
- Het behaalde profijt, herstel van de gevolgen, samenloop andere sanctiemogelijkheden.
- Recidive.

Daarnaast zijn er factoren die zich meer in het bijzonder richten op de *techniek* die binnen het boetestelsel wordt gehanteerd. In hoofdstuk 3 zijn daartoe de volgende factoren onderscheiden:

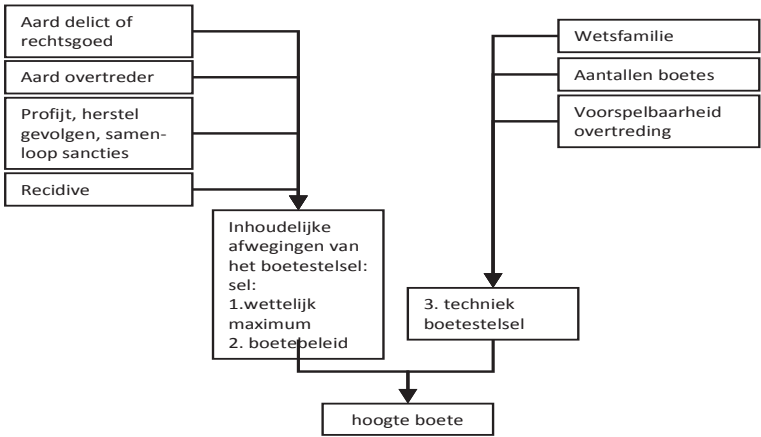
- Het ministerie dat verantwoordelijk is voor de wetgeving.
- Het aantal bestuurlijke boete.

¹ Deze toets wordt gebaseerd op de steekproef van twaalf boetestelsels. Voor de totstandkoming van deze steekproef: zie hoofdstuk 1.

- De voorspelbaarheid van de overtreding.

De factoren zijn samengevat in het volgende model. Links de factoren die invloed hebben op de inhoudelijke afwegingen van het boetestelsel; rechts de factoren die de techniek bepalen.

Figuur 4.1: factoren in het straf- en bestuursrecht die van invloed zijn op de boetehoogte



In het vervolg van dit hoofdstuk wordt dit model getoetst aan bestuursrechtelijke boetestelsels. Deze toets richt zich op de wettelijke boetehoogte (§ 4.2), het boetebeleid (§ 4.3) en de techniek van het boetestelsel (§ 4.4). Deze toets is voornamelijk gebaseerd op een analyse van de steekproef van twaalf boetestelsels. Deze gegevens worden, waar mogelijk, gecontroleerd met de volledige verzameling van 82 bestuurlijke boetestelsels. Een clusteranalyse van de boetestelsels die onderdeel uitmaken van de steekproef, biedt de mogelijkheid tot het onderscheiden van enkele boetefamilies, zowel voor wat betreft de factoren die van invloed zijn op de inhoudelijke afwegingen van het boetestelsel als voor wat betreft de techniek waarmee de boetehoogte wordt bepaald. Deze clusteranalyse is beschreven in § 4.5.

4.2 Wettelijk boetemaximum

4.2.1 Beschrijving variatie

De geselecteerde boetestelsels variëren van boetes opgelegd vanwege de overtreding van voorschriften op grond van de AOW tot boetestelsels ter handhaving van de Tabakswet. De onderstaande tabel bevat een overzicht van de wettelijke maximumbedragen, en het maximumbedrag dat verder in de vergelijking wordt gebruikt. Voor de vergelijking van de boetestelsels wordt in beginsel het *maximale bepaalde* boetebedrag gebruikt (rechter kolom). In sommige boetestelsels worden meerdere boetemaxima genoemd, voor overtreding van verschillende voorschriften. Voor de vergelijking wordt gekozen voor het *hoogste boetemaximum* in een bepaalde wet. Dit maximale boetemaximum kan worden opgevat als het bedrag dat de wetgever passend vond voor de overtredingen binnen dit boetestelsel.

Alleen voor de Awr wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds verzuimboetes en anderzijds vergrijpboetes. Deze keuze houdt verband met het feit dat deze wet in strikte zin twee boetestelsels bevat: een boetestelsel met een maximaal *bepaald* boetebedrag (verzuimboetes) en één boetestelsel waarbij het boetebedrag afhangt van de omvang van de overtreding (vergrijpboetes). Omdat het maximale boetebedrag voor de vergrijpboete daardoor onbepaald is, wordt dit boetestelsel verder buiten de vergelijking gelaten.

In andere boetestelsels is voorzien in een indicatief boetemaximum met een uitloop indien de omstandigheden van de overtreding daartoe aanleiding geven. Dit is bijvoorbeeld het geval in de Telecommunicatiewet en de Mededingingswet, waarbij het boetemaximum is vastgesteld op € 450.000 of 10% van de betrokken omzet. Voor deze boetestelsels is het hoogste *bepaalde* bedrag als uitgangspunt genomen voor de vergelijking, omdat dat bedrag geldt als het bedrag dat de wetgever *in beginsel* als passende sanctie heeft aangemerkt.

De door de wetgever vastgestelde maximale boete is een van de kenmerken van een boetestelsel die de boetehoogte bepalen. In de volgende paragrafen wordt onderzocht in hoeverre de eerder onderscheiden factoren van invloed zijn op dat wettelijke boetemaximum.

Tabel 4.2: Wettelijke boetemaxima

wet/ boetestelsel	voorschriften	wettelijk maximum	maximum tbv vergelijking
AOW		€ 2.269	€ 2.269
Geneesmid- delenwet		€ 450.000	€ 450.000
Wahv		€ 340	€ 340
Awr (verzuim)	niet tijdig aangifte	€ 123	€ 4.920
	niet tijdig aangifte loonbelasting	€ 1.230	
	belastingverplichting	€ 4.920	
Awr (vergrijp)		100 % of 300 % van de aanslag	
Wav	natuurlijke personen	€ 11.250	€ 45.000
	rechtspersonen	€ 45.000	
Tabakswet	productie	€ 450.000	€ 450.000
	verkoop	€ 4.500	
	rookverbod	€ 4.500	
Whc	algemeen	€ 76.000	€ 450.000
	oneerlijke handelspraktijken	€ 450.000	
Telecommu- nicatiewet		€ 450.000 of 10 % van de omzet	€ 450.000
Mededingings- wet		€ 450.000 of 10 % van de omzet	€ 450.000
Arbeidstijden- wet		€ 45.000	€ 45.000
Mediawet 2008		€ 225.000	€ 225.000
Wft		€ 4.000.000	€ 4.000.000

4.2.2 Aard van de overtreding

4.2.2.1 Rubricering rechtsgoederen

Voor het vaststellen van de invloed van de aard van de overtreding, oftewel: het type rechtsgoed dat met het boetestelsel wordt beschermd, moeten eerst de geselecteerde boetestelsels worden ingedeeld. Hierbij wordt het indelingsprincipe gebruikt dat in de eerdere hoofdstukken ook is gehanteerd. Het eerste onderscheidingscriterium daarbij is of de voorschriften dienen ter bescherming van collectieve dan wel individuele belangen. Binnen dit onderscheid kan dan een verfijning worden aangebracht tussen bescherming van de democratische rechtsorde of bescherming van algemene veiligheid en integriteit, dan wel bescherming van de vrijheid en integriteit van de persoon, of het individuele eigendom.

Bij de indeling van de geselecteerde boetestelsels naar deze rechtsgoederen kan worden vastgesteld dat de boetestelsels niet dienen ter bescherming van de democratische rechtsorde. Dit is niet zo vreemd, omdat het bij de geselecteerde boetestelsels gaat om bestuurlijke boetestelsels die, naar hun aard, zien op de handhaving van ordeningswetgeving. De bescherming van de democratische rechtsorde is juist een rechtsgoed dat uitsluitend via het (commune) strafrecht kan worden gehandhaafd.

De geselecteerde boetestelsels zijn er evenmin primair op gericht het individuele eigendom te beschermen. Ook dit is niet vreemd, gelet op het ordenende karakter van de bestuurlijke boetestelsels. Wel kan de bescherming van het individuele eigendom een secundair doel zijn, dat met aanvullende handhavingsinstrumenten – bijvoorbeeld: het faciliteren van civiele claims – wordt gehandhaafd.

Gelet op hun karakter van ordeningswetgeving richten de voorschriften van de geselecteerde boetestelsels zich primair op de algemene veiligheid en integriteit van de samenleving (collectief belang) en op de bescherming van de vrijheid en integriteit van de persoon (individueel belang).

In de onderstaande tabel zijn de geselecteerde boetestelsels ingedeeld naar de genoemde typen rechtsgoederen. Hierbij is gekozen voor het rechtsgoed dat de wetgever heeft aangemerkt als het belangrijkste doel van het boetestelsel (zie hoofdstuk 3). Omdat sommige boetestelsels uitdrukkelijk meerdere rechtsgoederen ‘dienen’, zijn enkele boetestelsels tweemaal opgenomen. Dit geldt voor zowel de Wav, die gericht is op de bescherming van buitenlandse werknemers tegen uitbuiting en op de bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt, als voor de Arbeidstijdenwet, die enerzijds de werknemer beoogt te beschermen tegen uitbuiting en anderzijds de markt moet beschermen tegen oneerlijk concurrentievoordeel.

Tabel 4.3: Beschermende rechtsgoederen in boetestelsels

	algemene veilig- heid en integriteit	individuele vrijheid en integriteit	maximum tbv vergelijking
AOW	solidariteit		€ 2.269
Geneesmidde- lenwet	geneesmiddelen- markt	veiligheid geneesmiddelen	€ 450.000
Wahv	verkeersveiligheid		€ 340
Awv (verzuim)	solidariteit		€ 4.920
Wav	arbeidsmarkt	uitbuiting	€ 45.000
Tabakswet		ontmoediging roken	€ 450.000
Whc		consumentenbescherming	€ 450.000
Telecommuni- catiewet	eerlijke markt		€ 450.000
Mededingings- wet	eerlijke markt		€ 450.000
Arbeidstijden- wet	eerlijke markt	werknemersbescherming	€ 45.000
Mediawet 2008	eerlijke markt		€ 225.000
Wft	eerlijke markt	consumentenbescherming	€ 4.000.000
Gemiddelde	€ 567.253	€ 906.667	
Spreiding (min-max)	€ 340 - € 4.000.000	€ 45.000 - € 4.000.000	

Wanneer men de gemiddelden vergelijkt, dan valt op dat het rechtsgoed dat wordt gekarakteriseerd als individuele vrijheid en integriteit, met hogere boetes wordt bedreigd dan het rechtsgoed dat is aangeduid als algemene veiligheid en integriteit. De relatief lage gemiddelde boete voor de bescherming van de algemene veiligheid en integriteit wordt bepaald door de relatief lage boetes in de Wahv, de Awv en de AOW. Dat neemt niet weg dat er wel een verschil in boetehoogte lijkt te bestaan. Wanneer men de boetestelsels die *beide* rechtsgoederen beschermen buiten beschouwing laat en alleen kijkt naar de ‘zuivere’ boetestelsels, dan valt immers op dat de boetestelsels die uitsluitend de individuele vrijheid en integriteit beschermen, voorzien in een maximale boete van € 450.000, terwijl voor de boetestelsels die uitsluitend de algemene veiligheid en integriteit beschermen, de maximale boete gemiddeld € 188.755 bedraagt. Meer in het algemeen valt immers ook op dat de maximale boetes die zich richten op de bescherming van een eerlijke markt (Mw, Telecommunicatiewet, Mediawet 2008) aanmerkelijk hoger zijn dan de boetes die zich richten op

een belang dat is omschreven als ‘solidariteit’ (AOW, Awr). Het ligt in de rede dat dit verschil niet zozeer te maken heeft met de *aard* van het delict, oftewel de aanduiding van het rechtsgoed, maar vooral met de aard van de overtreder (zie verderop).

4.2.2.2 Europese invloed

Een vervolgvraag is of een Europese dimensie van invloed is op de boete-hoogte. Het kan zijn dat de Europese regels een strikt handhavingsbeleid, met daarbij een hoge boete, voorschrijven. De volgende tabel heeft hiervan een beeld. In deze tabel zijn uitsluitend de boetestelsels opgenomen die betrekking hebben op de markt. Nagegaan is of de boetestelsels (ook) zien op de handhaving van Europese regels.

Tabel 4.4: Handhaving Europese regelgeving

	geen handhaving Europese regels	wel handhaving Europese regels
AOW	€ 2.269	
Geneesmiddelenwet		€ 450.000
Wahv	€ 340	
Awr (verzuim)	€ 4.920	
Wav		€ 45.000
Tabakswet		€ 450.000
Whc		€ 450.000
Telecommunicatiewet		€ 450.000
Mededingingswet		€ 450.000
Arbeidstijdenwet		€ 45.000
Mediawet 2008		€ 225.000
Wft		
Gemiddelde	€ 2.299	€ 729.444
Spreiding (min-max)	€ 340 - € 4.920	€ 45.000 - € 4.00.000

De tabel illustreert dat boetestelsels die (ook) zien op de handhaving van Europese regelgeving gemiddeld aanmerkelijk hogere maximale boetes bevatten dan zuiver nationaalrechtelijke boetestelsels.

Het belang van de Europese dimensie blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis. Met name in de toelichting op de Mededingingswet wordt uitdrukkelijk verwezen naar de boete die door de Europese Commissie kan worden opgelegd. Dit heeft geresulteerd in het vaststellen van het wettelijk maximum

van f 1.000.000.² Ook de omzetgrens van 10% is ontleend aan de grens die in het Europese mededingingsrecht geldt voor de bevoegdheid van de Europese Commissie.³ Voor de overige regelingen is het, tot dusverre, niet bekend of bij het bepalen van de boetehoogte rekening is gehouden met Europese bevoegdheden. In het vervolg van het onderzoek kan eventueel, door gebruik van andere onderzoeksmethoden, worden achterhaald of het handhaven van Europese regels wel of niet invloed heeft op de hoogte van het wettelijk maximum.

4.2.2.3 Tussenconclusie: rechtsgoed en boetestelsel

Uit de vergelijking van de boetestelsels blijkt dat het rechtsgoed dat met het boetestelsel wordt beschermd wel degelijk doorwerkt in de in de wet genoemde maximale boete. Enerzijds voorzien de boetestelsels die zich richten op de bescherming van individuele veiligheid en individuele integriteit gemiddeld in een hogere maximale boete dan de boetestelsels die zich richten op de bescherming van het collectieve belang van veiligheid en integriteit. Hierbij moet wel worden aangetekend dat in de laatste categorie boetestelsels zijn opgenomen waarbij de groep overtreders voornamelijk bestaat uit natuurlijke personen. De boetestelsels waarbij de overtreders (ook) bestaan uit rechtspersonen en waarbij het meer specifieke regels betreft die zich richten op een eerlijke markt, bevatten juist wel hoge wettelijke boetemaxima.

De vergelijking illustreert ook de relevantie van de Europese dimensie. Regels die zuiver nationaalrechtelijk zijn, worden gemiddeld met een lagere bestuurlijke boete gehandhaafd dan de regels die (ook) een Europeesrechtelijke herkomst hebben. Hierbij moet echter (wederom) worden opgemerkt dat de regels met een Europese dimensie zich voornamelijk richten op de bescherming van de markt. Dit bepaalt (deels) de aard van de overtreder, dat uiteindelijk wel eens een grotere invloed zou kunnen hebben op de hoogte van de boete dan de aard van het geschonden rechtsgoed.

4.2.3 Aard van de overtreder

De tweede verklaring voor de divergerende wettelijke maxima wordt gezocht in het onderscheid in het type overtreder tot welke de bepalingen zijn gericht. In veel gevallen richt de gedragsnorm zich 'tot een ieder', waarbij dus 'een ieder' de overtreder kan zijn. In de praktijk zal echter niet 'een ieder' in de situatie terecht komen dat deze het voorschrift overtreedt. Soms maakt de wet zelf al een onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen (vergelijk: de Wav). Het onderscheid naar rechtsvorm heeft met name betrekking op de draagkracht van de overtreder. Een natuurlijk persoon is immers met

² *Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 86.*

³ *Kamerstukken II 1996/97, 24 707, nr. 6, p. 83-84.*

zijn privévermogen aansprakelijk, terwijl bij een overtreding begaan door een rechtspersoon het vermogen van de rechtspersoon kan worden aangesproken. Vanwege dit onderscheid naar draagkracht kan binnen de categorie ‘rechtspersonen’ nog een nader onderscheid worden gemaakt waarbij de omvang van die rechtspersoon wordt meegewogen.

Naast de rechtsvorm van de overtreder is ook de *hoedanigheid* van de overtreder van belang. Met name voor wat betreft de natuurlijke personen kan daarbij een onderscheid worden gemaakt tussen de overtreders die de overtreding begaan bij de uitoefening van een bedrijf of functie en de overtreders die de overtreding als privépersoon begaan. In een enkel geval wordt de hoedanigheid van de overtreder in de wet benadrukt. Dit geldt bijvoorbeeld voor de Tabakswet, waar het *bedrijfsmatige* karakter van de overtreding relevant is voor het wettelijke boetemaximum.

In de volgende tabel wordt per boetestelsel nagegaan over welke rechtsvorm de overtreder beschikt en in welke hoedanigheid de overtreder de overtreding begaat. De Wav wordt in de tabel tweemaal weergegeven, omdat het boetestelsel zelf in de wet al een onderscheid maakt tussen de maximale boetes voor natuurlijke personen en voor rechtspersonen.

Voor een aantal andere wetten geldt dat overtredingen door zowel natuurlijke als door rechtspersonen kunnen worden begaan en zowel bij de uitoefening van een functie of bedrijf als in de hoedanigheid van privépersoon. Voor de steekproef geldt dit voor de Awr.

Uit de tabel kan worden opgemaakt dat de boetehoogte voor natuurlijke personen gemiddeld aanmerkelijk lager is dan voor rechtspersonen. Bovendien zijn de gemiddelde boetes begaan bij de uitoefening van een beroep of bedrijf gemiddeld hoger dan de boetes begaan als privépersoon.

Voor *alle* 82 boetestelsels is nagegaan of de rechtsvorm en hoedanigheid van de overtreder van invloed is op de boetehoogte. Hierbij is een onderscheid gemaakt tussen privépersonen (natuurlijke personen die als privépersonen de overtreding begaan) en bedrijfsmatig opererende overtreders (natuurlijke personen bij de uitoefening van een bedrijf of functie én rechtspersonen). Wederom geldt voor een aantal boetestelsels dat deze door zowel privépersonen als bedrijfsmatig opererende overtreders kunnen worden begaan. Hierbij kan met name worden gedacht aan sociale zekerheidswetten, waarbij de overtreding zowel kan worden begaan door de werknemer als door de werkgever

Tabel 4.5: Normadressaten sanctiebepalingen

	rechtsvorm		hoedanigheid		maximum
	natuurlijk persoon	rechts- persoon	bedrijfs- matig	privé	
AOW	ja			ja	€ 2.269
Geneesmidde- lenwet		ja	ja		€ 450.000
Wahv	ja			ja	€ 340
Awv (verzuim)	ja	ja	ja	ja	€ 4.920
Wav (natuurlijk)	ja			ja	€ 11.250
Wav (rechtspersoon)		ja	ja		€ 45.000
Tabakswet		ja	ja		€ 450.000
Whc		ja	ja		€ 450.000
Telecommuni- catiewet		ja	ja		€ 450.000
Mededingings- wet		ja	ja		€ 450.000
Arbeidstijden- wet	ja	ja	ja		€ 45.000
Mediawet 2008		ja	ja		€ 225.000
Wft		ja	ja		€ 4.000.000
Gemiddelde	€ 4.620	€ 815.000	€ 656.995	€ 4.695	
Spreiding (min-max)	€ 340 – € 11.250	€ 45.000 – € 4.000.000	€ 45.000 – € 4.000.000	€ 340 – € 11.250	

In de onderstaande tabel is aangegeven hoe de gegevens van de steekproef zich verhouden tot de volledige verzameling boetestelsels. Hierbij is de hoedanigheid van de overtreder ingedeeld in drie categorieën: privépersonen (natuurlijke personen die als privépersoon de overtreding begaan), bedrijfsmatig opererende overtreders (rechtspersonen én natuurlijke personen, waarbij de overtreding is begaan in de uitoefening van een functie of bedrijf), en categorie waar beide mogelijk is.

Tabel 4.6: Gemiddelde wettelijk maximumboete naar type overtreder⁴

	gemiddeld maximum boete	
	steekproef (n)	alle boetestelsels (n)
privépersoon	€ 4.620 (3)	€ 2.000 (12)
bedrijf	€ 729.444 (9)	€ 1.124.457 (56)
beide	€ 4.920 (1)	€ 108.419 (12)

De tabellen 4 en 5 leiden tot twee conclusies. Enerzijds vormt de rechtsvorm een relevant criterium voor de boetehoogte (zie tabel 4). Natuurlijke personen worden met aanmerkelijk lagere bestuurlijke boetes geconfronteerd dan rechtspersonen. Dit houdt vermoedelijk verband met de draagkracht van de overtreder.

Anderzijds geldt het handelen in een beroeps- of bedrijfsmatige context als een boeteverhogende omstandigheid. Dit kan waarschijnlijk worden verklaard vanuit de gedachte dat bedrijven over een grotere draagkracht beschikken dan privépersonen. Een boete van ongeveer € 1.300 (ongeveer de gemiddelde maximale boete voor privépersonen) is onvoldoende afschrikwekkend voor rechtspersonen. Omgekeerd is een boete van ruim € 1.000.000 ondenkbaar waar het een overtreding betreft die is begaan door een overtreder in de hoedanigheid van privépersoon.

Uit tabel 4 volgt dat de Awr een uitzondering vormt op de hoofdregel dat bepalingen die gericht zijn op bedrijven, een hogere boete opleveren. Dit heeft te maken met het type feiten waarvoor de relatief lage maxima gelden. De boetes hebben tot doel een gebod tot nakoming van fiscale verplichtingen aan te scherpen en kunnen worden opgelegd als de belanghebbende geen opzet of (grove) schuld verweten kan worden. De verzuimboete kan, kort gezegd, worden opgelegd ter zake van het niet of het niet tijdig voldoen aan de aangifteplicht en ter zake van het niet of niet tijdig voldoen aan de betalingsverplichting. De vergrijpboeten zijn gericht op het bestraffen van een handelen of nalaten waarbij sprake is van opzet of grove schuld. Het verwijt dat gemaakt wordt aan een persoon die een vergrijpboete krijgt opgelegd, is dus zwaarder dan het verwijt dat wordt gemaakt aan iemand die een verzuimboete krijgt opgelegd. Vergrijpboetes worden berekend aan de hand van een percentage (100 % of 300 %, afhankelijk van het type belasting) van de niet-geheven of niet-betaalde belasting. Bij deze zwaardere vergrijpboetes zal er wel degelijk een verschil tussen privépersonen en bedrijven ontstaan, aangezien het bedrag van niet-geheven of niet-betaalde belasting van een bedrijf in veel gevallen omvangrijker zal zijn dan van een privépersoon. De manier waarop de vergrijpboetes wordt berekend, namelijk door een percentage te nemen van het benadelingsbedrag, brengt echter met zich dat de vergrijpboetes niet geschikt

⁴ In de vergelijking met alle boetestelsels zijn twee boetestelsels buiten beschouwing gebleven, omdat deze niet op absolute getallen konden worden herleid.

zijn om in de tabel te worden opgenomen, aangezien hierin uitsluitend absolute getallen worden gebruikt.

4.2.4 Profijt en herstel gevolgen

De meeste boetestelsels genereren geldelijk voordeel voor de overtreder. Het negeren van de inlichtingenverplichting van de AOW kan bijvoorbeeld leiden tot een hogere uitkering voor de betrokkene. Het voordeel dat met het overtreden van de Wav kan worden behaald, bestaat uit het besparen op de afdracht van sociale premies voor de werkgevers. Het behaalde profijt kan een relevante omstandigheid vormen voor de boetehoogte. Naarmate *meer* voordeel wordt behaald, zou dat op zichzelf een reden kunnen zijn voor een *hogere* boete. De boete is dan deels (ook) een poging om het behaalde voordeel te ontnemen.

Op grond van dezelfde redenering kan worden verondersteld dat indien de mogelijkheid bestaat om de gevolgen te herstellen, bijvoorbeeld omdat op een andere wijze het behaalde voordeel kan worden ontnomen, de boetehoogte *lager* is. Hierbij kan gedacht worden aan de mogelijkheid om onrechtmatig verkregen voordeel in de sfeer van toeslagen of uitkeringen terug te vorderen of anderszins de gevolgen van de overtreding te beëindigen door middel van een herstelsanctie. Ook bij de handhaving van fiscale voorschriften is denkbaar dat met een financiële transactie het nadeel kan worden vereffend.

Indien juist *geen* herstelmogelijkheid bestaat, zou men kunnen verwachten dat de wetgever bij het ontwerpen van het boetestelsel het profijt als relevante factor heeft aangemerkt voor de bepaling van de boetehoogte. Bijvoorbeeld omdat de precieze boetehoogte (mede) aan de hand van het behaalde voordeel moet worden bepaald. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet.

In de navolgende tabel is weergegeven bij welke van de geselecteerde boetestelsels de overtreding profijt oplevert of kan opleveren, en op welke wijze de wetgever dat profijt heeft verwerkt in het boetestelsel: ofwel door dit voordeel te ontnemen door middel van een verplichte terugvordering, ofwel door dit voordeel mee te nemen in de berekening van de boetehoogte.

Tabel 4.7: Terugvordering/ontneming in boetestelsel

	behalen voordeel?	verplichte ontneming voordeel? *	profijt in boeteberekening?
AOW	ja	ja	ja ²
Geneesmiddelenwet	ja	nee	nee
Wahv	nee	nee	nee
Awv (verzuim)	ja	ja	nee
Awv (vergrijp)	ja	ja	ja
Wav	ja	nee	nee
Tabakswet	ja	nee	nee
Whc	ja	nee	nee
Telecommunicatiewet	ja	nee	ja
Mededingingswet	ja	nee	ja
Arbeidstijdenwet	ja	nee	nee
Mediawet 2008	ja	nee	ja
Wft	ja	nee	ja

* Het betreft hier dus niet de strafrechtelijke maatregel van ontneming van het wederrechtelijk voordeel zoals bedoeld in artikel 36e Sr, waaruit volgt dat de rechter aan degene die is veroordeeld wegens een strafbaar feit de verplichting kan opleggen tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Deze mogelijkheid hangt derhalve samen met de strafrechtelijke vervolging.

**In de AOW is het boetebedrag op grond van het Boetebesluit sociale zekerheidswetten 10% van het behaalde voordeel. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft in maart 2011 in een brief aan de Tweede Kamer laten weten de fraude in de sociale zekerheid harder te willen aanpakken, onder meer door de sancties aan te scherpen. Concreet betekent dit dat indien het bestuursorgaan constateert dat sprake is van een verwijtbare overtreding, de ten onrechte betaalde uitkering wordt teruggevorderd en er een sanctie wordt opgelegd. Die sanctie, in de vorm van een boete of maatregel, loopt op tot het volledige bedrag aan toegeëigend voordeel, oftewel: 100% van het fraudebedrag (nu is dat 10%). Bij een herhaalde overtreding wordt wederom de terugvordering gecombineerd met een boete én de betrokkene wordt voor vijf jaar uitgesloten van de rechten en voorzieningen waarop de overtreding heeft plaatsgevonden.

De tabel laat zien dat vrijwel alle boetestelsels zien op de handhaving van voorschriften waarmee financieel voordeel kan worden behaald. Dit is alleen anders voor de Wahv: verkeersovertredingen leiden niet (direct) tot financieel gewin.

Alleen voor de Awv en de AOW voorziet het wettelijk stelsel in een verplichte ontneming van dat voordeel. Het valt daarbij op dat in beide gevallen de overheid de benadeelde partij is. Schending van de inlichtingenplicht kan leiden tot een onterechte uitkering; schending van de belas-

tingwetgeving tot een te lage aanslag. In beide gevallen is het de overheid die het nadeel ondervindt.

Voor een aantal van de overige wetten geldt dat dit voordeel (ook) is verdisconteerd in de bepaling van de boetehoogte. Voor een aantal andere wetten (Wav, Geneesmiddelenwet, Tabakswet, Arbeidstijdenwet) voorziet de wetgever niet in een differentiatie waarbij rekening wordt gehouden met de omvang van het voordeel dat met de overtreding is verkregen. Wellicht vindt deze verrekening in het beleid plaats (zie verderop).

De relevantie van het behaalde voordeel, de verplichte terugvordering, dan wel de verdiscontering van het voordeel in de boetehoogte, kan ook worden geïllustreerd aan de hand van de gemiddelde boetehoogte. De gemiddelde boetehoogte, inclusief de variatie, is afgebeeld in tabel 7.

Tabel 4.8: Gemiddelde boetehoogte, profijt, voordeelsontneming en boeteberekening

	ja	nee
Profijt behaald met de overtreding?		
gemiddeld (n)	€ 597.472 (11)	€ 340 (1)
spreiding (min-max)	€ 2.269 - € 4.000.000	€ 340
Verplichte terugvordering?		
gemiddeld (n)	€ 3.595 (2)	€ 729.444 (9)
spreiding (min-max)	€ 2.269 - € 4.920	€ 45.000 - € 4.000.000
Profijt onderdeel boeteberekening?		
gemiddeld (n)	€ 855.365 (6)	€ 288.000 (5)
spreiding (min-max)	€ 2.269 - € 4.000.000	€ 45.000 - € 450.000

Het beeld dat uit de steekproef rijst, past bij de veronderstelling: indien profijt kan worden behaald, is de boetehoogte hoger. Daarnaast geldt dat de boetehoogte *lager* is indien dat profijt kan worden afgeroomd, bijvoorbeeld door een terugvordering of andere vorm van gedwongen herstel. Indien het behaalde profijt onderdeel uitmaakt van de boeteberekening is de maximale boetehoogte (logischerwijs) hoger. Dit geldt met name voor de boetestelsels die zien op de handhaving van een eerlijke markt. Eventueel voordeel wordt in de boete meegewogen. Daarbij bieden juist deze stelsels de mogelijkheid van een civiele procedure door de benadeelde partij(en). Er zijn dus meerdere mogelijkheden, buiten de herstelsanctie of de bestuurlijke boete, om het profijt weg te nemen.

Het feit dat niet is voorzien in een ontnemingsmogelijkheid betekent overigens niet dat de wetgever geen rekening heeft gehouden met het economisch voordeel dat de overtreding oplevert. Dit kan worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis.

Wet arbeid vreemdelingen

In de Memorie van Toelichting van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen is het volgende te lezen: “In de eerste plaats wil het kabinet illegale tewerkstelling verder ontmoedigen. Verhoging van de boetes is daarvoor een belangrijk middel. In de tweede plaats behalen werkgevers die vreemdelingen te werk stellen, hiermee een financieel voordeel. Illegaal verblijvende vreemdelingen zijn immers niet sociaal verzekerd en er bestaat (voor de werkgever) dan ook geen verplichting tot het betalen van premies. Het kabinet acht het onwenselijk dat de werkgever dit voordeel behoudt. Bovendien kan illegale tewerkstelling gepaard gaan met onderbetaling van de vreemdeling, waardoor de arbeidskosten van de werkgever aanzienlijk minder zijn.”⁵

Tabakswet

Terzake van de overtreding van het verbod op reclame en sponsoring (art. 11b lid 2 onder a Tabakswet) kan door het bestuursorgaan een boete van € 450.000 worden opgelegd. Ter onderbouwing van dit maximale boetebedrag geeft de wetgever aan dat dit maximum, onder meer, is gerelateerd aan het in potentie te behalen voordeel door het begaan van een overtreding van de reclamebeperkingen of -voorschriften.⁶

Mededingingswet

De maximale boete op basis van de Mededingingswet bedraagt € 450.000 of 10 % van de omzet. Het opnemen van dit percentage wordt door de wetgever beargumenteerd aan de hand van het behaalde voordeel: “Gelet op de voordelen die met overtreding van het kartelverbod en het verbod van misbruik van een economische machtspositie behaald kunnen worden zou enkel een boete van f 1.000.000 ineffectief kunnen zijn: daarom is ervoor gekozen aan het nominale bedrag van f 100.000.000 een grens van 10 % van de omzet toe te voegen.”⁷

De meeste van de geselecteerde boetestelsels genereren op geld waardeerbaar voordeel voor de overtreder. Van deze boetestelsels kennen slecht twee de bestuursrechtelijke bevoegdheid van de ontneming in de vorm van een terugvordering of naheffing. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat bevoordeling wel degelijk een overweging vormt bij de bepaling van de maximale boetheogte. Uit de steekproef blijkt bovendien dat bij het bestaan van een ontnemingsbevoegdheid het wettelijk boetemaximum lager is.

⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 6.

⁶ Nota van Toelichting bij het Besluit van 3 september 2002 tot wijziging van de bijlage van de Tabakswet, *Stb.* 2002, 469.

⁷ *Kamerstukken II* 1996/97, 24 707, nr. 6, p. 83-84.

4.2.5 Verhouding tot andere sancties

4.2.5.1 Wettelijke samenloop sancties

Een bestuurlijke boete staat vaak niet op zichzelf. Doorgaans is een combinatie met andere sancties mogelijk. Met name indien sprake is van de mogelijkheid om een strafrechtelijke sanctie op te leggen als gevolg van dezelfde overtreding, ligt een zekere afstemming voor de hand. Dat geldt enerzijds voor de *overgang* tussen het bestuursrecht en het strafrecht, waarbij een keuze wordt gemaakt tussen ofwel bestuursrechtelijke ofwel strafrechtelijke handhaving. Anderzijds heeft deze afstemming ook betrekking op de *hoogte* van de sanctie. Dit laatste is met name van belang voor de mogelijkheid om een integrale keuze te maken tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving.

4.2.5.2 Overgang bestuursrecht – strafrecht

Voor wat betreft de overgang is de afstemming in veel gevallen vormgegeven in de wet. In de onderstaande tabel is weergegeven in welke gevallen het bestuursrechtelijke boetestelsel samenvalt met een strafrechtelijke sanctie. Daarbij wordt ook aangegeven of voor de strafrechtelijke handhaving bijzondere, aanvullende voorwaarden gelden. Los van de vraag of de bijzondere wet strafbare feiten onderscheidt, kan strafrechtelijke handhaving ook zijn gebaseerd op de Wet op de economische delicten. Ten overvloede wordt opgemerkt dat het om precies *dezelfde* overtredingen moet gaan; overtredingen van het commune strafrecht (bijvoorbeeld valsheid in geschrifte bij niet-naleving inlichtingenplicht op grond van de AOW) blijven buiten beschouwing. Handhaving van het commune strafrecht levert immers strikt genomen een andere overtreding op.

Uit de volgende tabel blijkt dat de wetgever bij een parallel strafrechtelijk handavingsinstrumentarium altijd voorziet in aanvullende voorwaarden. Deze voorwaarden richten zich bijvoorbeeld op extra voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voordat gekozen kan worden voor een strafrechtelijke sanctie. Zo wordt er nog wel eens voor gekozen om in het geval van *herhaalde* recidive de overstap naar het strafrecht te maken (Geneesmiddelenwet, Wv, Atw). In de Tabakswet is de overstap naar het strafrecht gerelateerd aan het voordeel dat is behaald met de overtreding. Indien het behaalde voordeel de maximale bestuurlijke boete overschrijdt, dan is dat een reden om te kiezen voor strafrechtelijke handhaving. De veronderstelling is dat daarmee adequaat kan worden gereageerd op het gedrag van de overtreder.⁸

⁸ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 472, nr. 3, p. 24-25.

Tabel 4.9: Samenloop punitieve sancties

	strafrechtelijk in bijzondere wet?	aanvullende voorwaarden?	strafrechtelijk in WED?
AOW	nee	-	nee
Geneesmiddelenwet	ja	ja	ja*
Wahv	nee	-	nee
Awr	ja	ja	nee
Wav	ja	ja	nee
Tabakswet	ja	ja	ja
Whc	nee	-	nee
Telecommunicatiewet	nee	-	ja*
Mededingingswet	nee	-	nee
Arbeidstijdenwet	ja	ja	ja
Mediawet 2008	nee	-	nee
Wft	nee	-	ja

* niet alle voorschriften worden via de WED bedreigd

Een ander voorbeeld van afstemming is te vinden in de Awr. In de artikelen 68 (overtredingen) en 69 (misdrijven) Awr is een aantal strafbare feiten opgenomen. Voorbeelden van overtredingen (art. 68 Awr) zijn:

- het verstrekken van inlichtingen, gegevens of aanwijzingen, en deze niet, onjuist of onvolledig verstrekken,
- het voor raadpleging beschikbaar stellen van boeken, bescheiden, andere gegevensdragers of de inhoud daarvan, en deze niet voor dit doel beschikbaar stellen,
- het voor raadpleging beschikbaar stellen van boeken, bescheiden, andere gegevensdragers of de inhoud daarvan, en deze in valse of vervalste vorm voor dit doel beschikbaar stellen.

Volgens artikel 69 Awr zijn dezelfde overtredingen misdrijven indien “het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt betaald.” Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever hiermee een onderscheid heeft willen maken tussen lichte overtredingen, die bestuursrechtelijk zouden moeten worden afgedaan, en zware overtredingen, waarvoor het strafrecht het aangewezen instrumentarium vormt. Strafvervolgning komt slechts aan de orde in geval van ernstige belastingfraude.⁹

⁹ *Kamerstukken II 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 20.*

Bijzondere voorwaarden kunnen ook gelden indien de strafrechtelijke handhaving is gebaseerd op de WED. De Arbeidstijdenwet kent bijvoorbeeld in artikel 11:3 een opsomming van bepalingen die via de WED strafbaar worden gesteld, waarbij als extra voorwaarde geldt dat het moet gaan om overtreding van het verbod van kinderarbeid indien een kind bij het verrichten van die arbeid slachtoffer is van een ongeval dat ernstig lichamelijk of geestelijk letsel of de dood ten gevolge heeft of “indien redelijkerwijs te verwachten is dat de hiervoor genoemde gevolgen aan het verrichten van arbeid zijn verbonden” (art. 11:3 lid 2 Atw). In artikel 11:3 lid 3 Arbeidstijdenwet worden de overtredingen van de arbeids- en rusttijdenvoorschriften in de vervoerssector als strafbaar feit aangemerkt, indien de “verkeersveiligheid ernstig in gevaar” wordt gebracht. In deze gevallen vormt de gevaarzetting of het zich voorgedane ongeval de reden om over te schakelen naar het strafrecht.

4.2.5.3 Vergelijking bestuurlijke boetes en strafrechtelijke sancties

De afstemming tussen het bestuursrecht en het strafrecht is in het bijzonder interessant waar het de *hoogte* van de boete betreft. Uit de bijzondere regels ten aanzien van de overgang van het bestuursrecht en het strafrecht rijst het beeld dat het strafrecht wordt beschouwd als aanvulling: als ultimum remedium voor hardnekkige overtreders. Strafrecht is immers vooral aangewezen bij strafverzwarende omstandigheden, zoals recidive. Het is dan interessant om de boetehoogte in het bestuursrecht te vergelijken met de maximale sanctiezwarte in het strafrecht. Deze vergelijking is in de volgende tabel weergegeven. De tabel bevat een vergelijking van de maximale boetes. Daarnaast is de maximale andere strafrechtelijke sanctie, waaronder vrijheidsstraffen, weergegeven.

Opvallend is dat bij een samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties de bestuursrechtelijke maximale boete *hoger* is dan de maximale boete die in het strafrecht kan worden opgelegd. Dit is precies omgekeerd aan wat men zou verwachten gelet op de parlementaire geschiedenis en de aldaar opgenomen overwegingen dat het strafrecht is voorbehouden voor de zware gevallen. Het enige boetestelsel waarbij de strafrechtelijke boete wel aanmerkelijk hoger is dan de bestuursrechtelijke boete, is de Awr.

Tabel 4.10: Strafrechtelijke sancties ten aanzien van dezelfde delicten

	Bestuursrecht	Strafrecht	
	max boete	max. boete	overige sancties
Genees- middelenwet	€ 450.000	€ 76.000	gev.straf van 6 jr/taakstraf
Awv	€ 4.920	€ 76.000	gev.straf van 6
Wv (rechts- persoon)	€ 45.000	€ 19.000	hechtenis van 6 mnd/taakstraf
Tabakswet	€ 450.000	€ 19.000	hechtenis van 6 mnd/taakstraf
Telecommu- nicatiewet	€ 450.000	€ 76.000	gev.straf van 6 jr/taakstraf
Arbeids- tijdenwet	€ 45.000	€ 19.000	hechtenis van 6 mnd/taakstraf
Wft	€ 4.000.000	€ 19.000	gev straf 2 jaar/taakstraf

* Ten aanzien van een misdrijf uit artikel 69 Awv kan maximaal de 4^e of 5^e geldboetecategorie van artikel 23 Sr worden opgelegd, of, indien dit bedrag hoger is, ten hoogste eenmaal het bedrag van de te weinig geheven belasting. Hoe hoog dit laatste bedrag kan oplopen is onbekend, vandaar dat deze variatie van de sanctie in de tabel is weggelaten.

** Voor de misdrijven van artikel 69 Awv gelden verschillende maximale strafrechtelijke sancties. De meeste feiten kunnen maximaal worden bestraft met 4 jaar gevangenisstraf of een geldboete van de 4^e categorie, maar ten aanzien van een enkel voorschrift is vastgelegd dat deze kan worden bestraft met 6 jaar gevangenisstraf of een geldboete van de 5^e categorie.

In sommige gevallen wordt bij het kiezen van de bestuursrechtelijke of de strafrechtelijke weg uitdrukkelijk rekening gehouden met het verschil in boetehoogte. In de Beleidsregels bestuurlijke boeten Geneesmiddelenwet is bijvoorbeeld neergelegd dat schendingen van de reclameregels niet aan het OM worden voorgelegd omdat, gelet op de grote commerciële voordelen die gemoeid zijn met het overtreden van de reclameregels, een hogere bestuurlijke boete meer op haar plaats wordt geacht. Strafrechtelijke handhaving is in dat geval niet toereikend.

Dat desondanks toch het strafrecht als zwaardere vorm van sanctionering wordt beschouwd, houdt vermoedelijk verband met de rechter kolom: in het strafrecht kunnen naast geldboetes ook andere sancties worden opgelegd, waaronder gevangenisstraf, hechtenis of taakstraf. De mogelijkheid iemand van zijn vrijheid te beroven gaat veel verder dan die om een geldbedrag te betalen (hoe hoog deze ook kan oplopen). Bovendien leidt een strafrechtelijke veroordeling tot een registratie op iemands justitiële documentatie (strafblad) en heeft zij een diffamerend effect (vanwege de sociale afkering waarmee een strafrechtelijke straf gepaard gaat).¹⁰

10 C. van den Wyngaert, *Strafrecht & strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2009.

4.2.6 Recidive

Recidive is in veel gevallen van invloed op de hoogte van de boete. In het geval de overtreder nogmaals de overtreding begaat, vormt dat een bewijs dat de eerder opgelegde sanctie onvoldoende afschrikwekkend heeft gewerkt. Recidive is dus een boeteverhogende factor. Voor de steekproef geldt dat in 42% van de boetestelsels voorzien is in specifieke wettelijke bepalingen voor recidive.¹¹ Hieronder volgt een aantal voorbeelden.

Geneesmiddelenwet

De Geneesmiddelenwet geeft een recidivebepaling voor de eerste maal recidive en voor overtreding van de reclameregels ook een regeling voor de tweede maal recidive. Algemeen is bepaald: indien een bedrijf binnen twee jaar voor dezelfde overtreding voor de tweede maal wordt beboet wordt het boetebedrag verdubbeld. Daarnaast geldt voor de reclameregels: indien voor overtreding van de reclameregels in de voorafgaande periode van twee jaar tweemaal een boete is opgelegd wordt voor de derde overtreding het oorspronkelijke boetebedrag verdrievoudigd. Bovendien is sprake van een strafbaar feit indien in de daaraan voorafgaande 24 maanden tweemaal een bestuurlijke boete ter zake van een zelfde gedraging is opgelegd. Dit wordt bestraft met een hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de derde categorie.

Wav

Artikel 19d lid 2 Wav bepaalt dat de aangewezen ambtenaar de op te leggen bestuurlijke boete met 50 % verhoogt, indien op de dag van het constateren van de overtreding nog geen 24 maanden zijn verstreken nadat een eerdere overtreding bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting is geconstateerd en de bestuurlijke boete wegens de eerdere overtreding onherroepelijk is geworden. Bovendien wordt een overtreding aangemerkt als een strafbaar feit, indien tweemaal binnen een aan de dag van het constateren van die overtreding voorafgaande periode van 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende perioden van ten hoogste 24 maanden, voor een overtreding bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden.

Arbeidstijdenwet

Ingevolge artikel 10:7 lid 2 Arbeidstijdenwet verhoogt de aangewezen ambtenaar de op te leggen bestuurlijke boete met 50 %, indien op de dag van het constateren van de overtreding nog geen 24 maanden zijn verstreken nadat een eerdere overtreding bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting is geconstateerd en de boete wegens de eerdere overtreding onherroepelijk is geworden.

Voor de wetten die geen wettelijke recidivebepalingen bevatten, geldt dat wellicht het *boetebeleid* voorziet in specifieke afwegingen ten aanzien van reci-

¹¹ Tot de wettelijke boetebepalingen worden ook de boetebepalingen in wetten in materiële zin (AMvB's) gerekend.

dive. Verderop wordt getoetst in hoeverre inderdaad het boetebeleid voorziet in bijzondere bepalingen ten aanzien van recidive.

4.2.7 Tussenconclusie

Het wettelijke boetemaximum geldt als een van de kenmerken van een boetestelsel dat – vanzelfsprekend – van invloed is op de uiteindelijke hoogte van de boete. In het voorgaande is nagegaan welke factoren van invloed zijn op de hoogte van het wettelijke boetebedrag. Het te beschermen rechtsgoed blijkt daarbij van belang, in die zin dat de overtreding van voorschriften die zien op de bescherming van individuele vrijheid of individuele integriteit in de wet wordt bedreigd met hogere boetes dan de voorschriften die zich richten op collectieve veiligheid of collectieve integriteit.

Ook de aard van de overtreder blijkt van invloed. Voorschriften die zich richten tot privépersonen worden bij overtreding met lagere bestuurlijke boetes gehandhaafd dan voorschriften die zich richten tot bedrijfsmatig opererende actoren (zowel rechtspersonen als natuurlijke personen bij de uitoefening van een functie of beroep).

Voor wat betreft de samenloop van verschillende sancties kan worden geconstateerd dat de mogelijkheid of, nog sterker, de plicht voor het bestuursorgaan om het profijt dat is behaald met de overtreding te ontnemen, samenvalt met gemiddeld lagere boetes dan indien deze ontnemingsbevoegdheid of -plicht ontbreekt. Sancties vallen dus samen, en worden voor de proportionaliteit van de boete bij elkaar genomen. Voor wat betreft de samenloop met punitieve sancties valt op dat doorgaans dezelfde voorschriften via parallelle systemen (bestuursrecht én strafrecht) worden gehandhaafd. Soms gelden voor het strafrecht aanvullende voorwaarden, maar dat is lang niet altijd het geval.

Ten slotte is geconstateerd dat recidive in ongeveer de helft van de onderzochte boetestelsels in het wettelijke systeem is meegenomen als relevant criterium voor de bepaling van de boete. In de overige stelsels is het aan het bestuursorgaan overgelaten te bepalen of recidive een rol speelt bij de boetehoogte.

4.3 Afwegingen in het boetebeleid

4.3.1 Boetebeleid ten opzichte van wettelijk maximum

Het wettelijke boetemaximum vormt de bovengrens van de boetehoogte en geldt als de boetehoogte die de wetgever verbindt aan de overtreding. Het is uiteindelijk het bestuursorgaan dat binnen dat boetemaximum in individuele gevallen de bestuurlijke boete vaststelt. De boetehoogte wordt dus niet alleen

door het wettelijke boetemaximum bepaald, maar ook door de beleidsmatige invulling daarvan in het beleid van bestuursorganen. Hieronder wordt nagegaan op welke wijze het bestuursorgaan de bandbreedte die de wetgever overlaat, heeft ingevuld en welke factoren een rol spelen bij de vaststelling van de boetehoogte in het beleid. Deze factoren zijn dezelfde als die ook een rol spelen bij de bepaling van het wettelijke boetemaximum: de aard van de overtreding, de aard van de overtreder, eventueel behaald profijt en herstel van de gevolgen van de overtreding en ten slotte recidive. Allereerst wordt aandacht besteed aan het boetebeleid ten opzichte van het wettelijk maximum.

De steekproef bestaat uit twee typen boetestelsels: boetestelsels waarbij de wet, inclusief materiële wetgeving, uitmondt in een vastgesteld bedrag per overtreding en boetestelsels waarbij de wetgeving resulteert in een boetemaximum die afwegingsruimte overlaat voor het bestuursorgaan. Voorbeelden van de boetestelsels van het eerste soort zijn de Wahv en de Tabakswet, waarbij de boete rechtstreeks voortvloeit uit de bijlage bij de wet. Voorbeelden van een volstrekt ‘vrije’ boetebevoegdheid, waarbij de wet alleen voorziet in een boetemaximum, zijn de Geneesmiddelenwet en de Whc. Daarnaast kunnen nog de wetten worden genoemd waarbij in nadere algemeen verbindende voorschriften (AMvB's of ministeriële regelingen) nadere normen zijn neergelegd over de vaststelling van boetes in concrete gevallen. Dit is bijvoorbeeld het geval in de Wet op het financieel toezicht en de AOW. Voor de AOW geldt overigens dat aanvullend ook nog beleidsregels zijn vastgesteld. Deze normeren echter niet de boetehoogte, maar geven invulling aan de beoordelingsruimte die nog resteert ten aanzien van de bijzondere omstandigheden die tot matiging van de boete moeten leiden.

In deze paragraaf gaat het om de overwegingen die ten grondslag liggen aan het boetebeleid van bestuursorganen. Het gaat dus om de boetestelsels waarbij de wetgever ruimte laat aan het bestuursorgaan om nadere normen te stellen. Bovendien gaat het om die situaties waarin het bestuursorgaan van die ruimte gebruik heeft gemaakt en daadwerkelijk boetebeleid heeft vastgesteld. In de onderstaande tabel is weergegeven voor welke boetestelsels nader boetebeleid is aangetroffen.

Tabel 4.11: Boetebeleid

	boetebeleid?	toelichting
AOW	nee	rekensom in AMvB
Geneesmiddelenwet	ja	
Wahv	nee	gefixeerd bedrag in bijlage wet
Awr	ja	
Wav	ja	
Tabakswet	nee	gefixeerd bedrag in bijlage wet
Whc	nee	geen beleid aangetroffen
Telecommunicatiewet	ja	
Mededingingswet	ja	
Arbeidstijdenwet	ja	
Mediawet 2008	ja	
Wft	nee	gefixeerd bedrag in AMvB

Het boetebeleid is doorgaans gebaseerd op een basisbedrag, van waaruit men in individuele gevallen de boete berekent. Soms is sprake van een zekere spreiding, waarmee verschillende bedragen voor verschillende typen overtredingen of overtreders zijn opgesomd. Dit basisbedrag kan worden beschouwd als de boete die naar het oordeel van het bestuursorgaan in de regel een proportionele sanctie vormt op de omschreven overtreding. Het ligt voor de hand om de bedragen in dit boetebeleid te vergelijken met de wettelijke boetemaxima. Het resultaat van deze vergelijking is te vinden in de volgende tabel.

Tabel 4.12: Verschil wettelijk boetemaximum en basisboete in het beleid.

	wettelijk boetemaxi- mum	basisbedrag boetebeleid	toelichting beleid
Geneesmiddelenwet	€ 450.000	€ 2.250 - € 150.000	
Awr art. 67a	€ 4.920	€ 226	
art. 67b	€ 123	€ 67,50	50 % van het maximum
art. 67b lid 2	€ 1.230	€ 61,50	5 % van het maximum
art. 67c	€ 4.920	€ 98,40 - € 492	2 - 10% v.h maximum
art. 67ca	€ 4.920	€ 2.460	50 % van het maximum
Wav natuurlijk	€ 11.250	€ 4.000	
rechtspersoon	€ 45.000	€ 8.000	
Telecommunicatiewet	€ 450.000	€ 0 - € 450.000	10 % van de betrokken omzet 3 boetecategorieën: < € 100.000, < € 300.000 of < € 450.000
Mededingingswet	€ 450.000	€ 10.000 - € 400.000	2 bandbreedtes: € 10.000 tot € 40.000 en € 50.000 tot € 400.000
Arbeidstijdenwet	€ 45.000	€ 50 - € 45.000	
Mediawet 2008	€ 225.000	€ 0 - € 225.000	

De steekproef laat een grote variatie zien ten aanzien van de onderverdeling van de boetehoogte binnen het wettelijk boetemaximum. Alleen het boetebeleid op basis van de Telecommunicatiewet, de Arbeidstijdenwet en de Mediawet 2008 voorziet in de mogelijkheid om de maximale boete op te leggen en is dus volledig ‘dekkend’ ten aanzien van het boetemaximum. In de overige boetestelsels voorziet het boetebeleid niet in de mogelijkheid om de maximale boete op te leggen.

Ten aanzien van de basisboete is het voorts interessant om na te gaan waar deze basisboete op is gebaseerd. Wordt deze gebaseerd op het wettelijk maximum, of wordt bijvoorbeeld rekening gehouden met andere factoren, zoals de aard van de overtreder of het profijt dat met de overtreding is behaald? Uit de bestudering van het boetebeleid blijkt dat doorgaans inderdaad het boetemaximum als referentiekader wordt gehanteerd en het basisbedrag geldt als percentage van dat maximum. Dit is slechts anders voor de Awr waar het vergrijpboetes betreft, de Telecommunicatiewet en de Mededingingswet.

Tabel 4.13: Uitgangspunt in boetebeleid

	grondslag
Geneesmiddelenwet	wettelijk maximum
Awr (verzuim)	wettelijk maximum
Awr (vergrijp)	anders
Wav	wettelijk maximum
Telecommunicatiewet	anders
Mededingingswet	wettelijk maximum en anders
Arbeidstijdenwet	wettelijk maximum
Mediawet 2008	wettelijk maximum

Voor de Awr (vergrijpboetes) geldt dat het boetebedrag afhankelijk is van het behaalde voordeel. Dat geldt ook voor het basisbedrag in de Telecommunicatiewet en de Mededingingswet. Bij overtreding van de in artikel 15.4 lid 2 Telecommunicatiewet bedoelde voorschriften en bij het opleggen van een bestuurlijke boete aan een rechtspersoon op grond van de Mededingingswet wordt de boete afhankelijk gemaakt van de *betrokken* omzet. De betrokken omzet wordt in beide beleidsregels als volgt gedefinieerd: “de opbrengst die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met levering van goederen en diensten waarop die overtreding betrekking heeft, onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede van over de omzet geheven belastingen”. Bovendien is de boetegrondslag voor het opleggen van een bestuurlijke boete aan een natuurlijk persoon op grond van de Mededingingswet gerelateerd aan het inkomen en vermogen van de overtreder.

Het valt op dat in het boetebeleid de bestuurlijke boete weliswaar in veel gevallen op het wettelijk maximum is gebaseerd, maar in vergelijking tot dat maximum doorgaans vrij laag wordt bepaald. Er zijn echter verschillen. In de volgende paragrafen wordt nagegaan of deze verschillen verband houden met de onderscheiden factoren (aard van de overtreding, aard van de overtreder, behaald profijt/herstel van de gevolgen van de overtreding en recidive).

4.3.2 Aard van de overtreding: rechtsgoed

Bij de verklaring van de keuzes in het boetebeleid kan in de eerste plaats gedacht worden aan het rechtsgoed dat met het boetestelsel wordt beschermd. De indeling van de boetestelsels naar beschermde rechtsgoederen in tabel 2 wordt hieronder herhaald, maar nu vergeleken met het basisbedrag in het boetebeleid. De boetestelsels waarin het boetebeleid irrelevant is voor de boetehoogte (AOW, Wahv, Tabakswet, Whc, Wft) zijn daarbij weggelaten. Voor de Geneesmiddelenwet geldt dat het boetebeleid een onderscheid maakt ten aanzien van de te beschermen rechtsgoederen. Zodra de overtreding betrekking heeft op het reclamevoorschriften, bedraagt de basisboete € 150.000. Dit rechtsgoed houdt verband met oneerlijke concurrentie en de algemene veiligheid en integriteit. Overtreding van overige voorschriften, die vooral gaan over individuele veiligheid en integriteit, wordt in beginsel beboet met een boete van € 2.250. Gelet op dit onderscheid is de Geneesmiddelenwet tweemaal opgenomen. In het overige boetebeleid wordt geen onderscheid gemaakt voor wat betreft het basisbedrag van de boete naar type rechtsgoed.

Tabel 4.14: Rechtsgoed en basisbedrag boetebeleid

	Algemene veiligheid en integriteit	Individuele vrijheid en integriteit	basisbedrag boetebeleid
Geneesmiddelenwet (reclame)	geneesmiddelenmarkt		€ 150.000
Geneesmiddelenwet (overig)		veiligheid geneesmiddelen	€ 2.250
Awv (verzuim)	solidariteit		€ 226 - € 2.460
Wav	arbeidsmarkt	uitbuiting	€ 8.000
Telecommunicatiewet	eerlijke markt		€ 0 - € 450.000
Mededingingswet	eerlijke markt		€ 10.000 - € 400.000
Arbeidstijdenwet	eerlijke markt	werknemersbescherming	€ 50 - € 45.000
Mediawet 2008	eerlijke markt		€ 0 - € 225.000
Spreading (min-max)	€ 226 - € 450.000	€ 50 - € 8.000	

De basisbedragen kunnen vanwege de nadere categorisering in het boetebeleid niet in een gemiddelde worden weergegeven. Wel valt op dat in de boetestelsels die zien op het rechtsgoed ‘algemene veiligheid en integriteit’ de spreading groter is en ook vaker voorzien in het opleggen van het wettelijke boetemaximum dan in de boetestelsels die zien op de bescherming van ‘de individuele

vrijheid en integriteit'. Dit verschil is opmerkelijk, zeker ook gelet op het feit dat bij de maximale boetebedragen een omgekeerde verhouding laten zien. Voor wat betreft de maximale boetebedragen wordt het rechtsgoed 'individuele vrijheid en integriteit' gemiddeld met *hogere* maximale boetes bedreigd dan het rechtsgoed 'algemene veiligheid en integriteit' (zie hiervoor § 4.2.2). Dit verschil kan niet worden verklaard door een verschil in soorten overtreders: beide soorten voorschriften kunnen zowel door natuurlijke personen als door rechtspersonen worden begaan.

Deze constatering laat zich als volgt verklaren. Enerzijds wordt in het boetebeleid een meer verfijnde relatie gelegd tot het te beschermen rechtsgoed. Verondersteld kan worden dat in de afweging van dat rechtsgoed een preciezere weging plaatsvindt ten aanzien van de proportionele boetehoogte. Daarbij komt dat ook kan worden verondersteld dat bij het formuleren van het wettelijke boetemaximum, in het politieke debat, vaker sprake zal zijn van een wensbeeld dat duidt op een stevige reactie van de overheid op overtredingen, die verder af staat van de bestuurspraktijk.

4.3.3 Aard van de overtreder

Bij de differentiatie in het boetebeleid kan, net als bij de wettelijke boetemaxima, rekening zijn gehouden met de aard van de overtreder. In het beleid van een aantal boetestelsels wordt expliciet rekening gehouden met de vraag of de overtreding is begaan door een rechtspersoon of natuurlijk persoon, dan wel een natuurlijk persoon handelend in de uitoefening van een functie of bedrijf, of als privépersoon. Voor de Wav en de Arbeidstijdenwet geldt dat de wet zelf al dit onderscheid aanbrengt.¹²

De tabel onderstreept wat eerder al bij de vaststelling van de boetemaxima is geconstateerd: in het boetebeleid worden natuurlijke personen aanmerkelijk lager beboet dan rechtspersonen. Er lijkt geen groot verschil te bestaan tussen het onderscheid of de natuurlijke persoon de overtreding begaat bij de uitoefening van een functie of bedrijf, dan wel als privépersoon. Blijkbaar is voor het beleid de draagkracht van de overtreder de belangrijkste reden om onderscheid te maken naar de aard van de overtreder, en minder de hoedanigheid waarin de overtreding is begaan.

¹² Met wet wordt bedoeld op wetgeving in materiële zin (dus ook AMvB's vallen hieronder).

Tabel 4.15: Aard van de overtreder en basisbedrag boetebeleid

	rechtsvorm		hoedanigheid		basisbedrag boetebeleid
	natuur- lijk persoon	rechts- persoon	bedrijfs- matig	privé	
Geneesmid- delenwet		ja	ja		€ 2.250 - € 150.000
Awr (verzuim)	ja	ja	ja	ja	€ 226 - € 2.460
Wav (natuurlijk)	ja			ja	€ 4.000
Wav (rechts- persoon)		ja	ja		€ 8.000
Telecommu- nicatiewet		ja	ja		€ 0 - € 450.000
Mededin- gingswet		ja	ja		€ 10.000 - € 200.000
Arbeids- tijdenwet (rechtspersoon)		ja	ja		€ 50 - € 45.000
Arbeids- tijdenwet (natuurlijk)	ja		ja		€ 50 - € 2.500
Mediawet 2008		ja	ja		€ 225.000
Spreiding (min-max)	€ 50 – € 4.000	€ 50 – € 450.000		€ 226 – € 4.000	

Dat de draagkracht de voornaamste reden vormt om onderscheid te maken naar de aard van de overtreder, wordt nog eens onderstreept door het gegeven dat in het boetebeleid soms onderscheid wordt gemaakt tussen rechtspersonen, waarbij de *omvang* van de onderneming een relevant criterium vormt. De volgende tabel bevat een overzicht met betrekking tot de vraag of rekening is gehouden met de omvang van de onderneming.

Tabel 4.16: Verfijning beleid

	omvang bedrijf reden voor verfijning?
Geneesmiddelenwet	ja
Awr	nee
Wav	nee
Telecommunicatiewet	nee
Mededingingswet	nee
Arbeidstijdenwet	ja
Mediawet 2008	nee

Bij de twee (van de zeven) boetestelsels (29 %) met een boetebeleid waarbij de overtreder een rechtspersoon kan zijn, is rekening gehouden met de omvang van de onderneming. In de Geneesmiddelenwet en de Arbeidstijdenwet vormt het aantal werknemers de indicator om deze omvang vast te stellen:

Geneesmiddelenwet

Indeling bedrijven in klein (< 10 werknemers), middelgroot (> 10, < 50) en groot bedrijf (>50). Boetenormbedragen gelden voor grote bedrijven. 1/5 van het bedrag voor kleine bedrijven en 1/3 voor middelgrote bedrijven.

Arbeidstijdenwet

Indeling bedrijven in klein (< 10 werknemers), midden (> 10 < 50), middelgroot (>50 < 100) en groot (> 100). Boetenormbedragen gelden voor middelgrote bedrijven. Voor klein geldt 0,5 maal dat bedrag, middengroot: 0,75, en grote bedrijven: 1,5. Een dergelijke verfijning naar omvang van de onderneming komt overigens niet voor in de beleidsregel die van toepassing is voor het wegvervoer.

Hoewel maar twee regelingen expliciet de omvang van de onderneming wegen bij de vaststelling van de boetehoogte, wordt de omvang van de bedrijven in het beleid gebaseerd op de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet op een andere manier verwerkt in de vaststelling van de boete. In het boetebeleid van beide wetten vormt de betrokken omzet immers de boetegrondslag. Verondersteld kan worden dat naarmate het bedrijf groter is, de betrokken omzet eveneens groter zal zijn. Daarmee is verdere afstemming op de omvang van de onderneming overbodig geworden.

4.3.4 Profijt en herstel gevolgen

Het boetebeleid kan ook een expliciete keuze bevatten ten aanzien van het wegnemen van het profijt dat met de overtreding is behaald. Verondersteld kan worden dat de afstemming van de sanctiebevoegdheden van invloed is op de hoogte van de boete. In het boetebeleid van een aantal boetestelsels vormt het behaalde profijt een grondslag voor de boetehoogte. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de Geneesmiddelenwet, waarbij juist het feit dat met reclameovertredingen voordeel wordt behaald de reden vormt om deze overtreding met hogere boetes te bedreigen. Ook bij de handhaving van de Mededingingswet en Telecommunicatiewet is het behaalde voordeel van invloed op de boetehoogte.

Tabel 4.17: Profijt en herstelgevolgen

	behaalde voor- deel factor van invloed?	zo ja, hoe?
Geneesmiddelenwet	ja	basisboete voor reclameovertredingen hoger (€ 150.000 vs. € 4.500 of € 2.250) vanwege de genoten commerciële voordelen
Awr (verzuim)	nee	-
Awr (vergrijp)	ja	bij vergrijpboetes wordt basisboete uitgedrukt in percentage vh bedrag dat niet is betaald aan belasting
Wav	nee	-
Telecommunicatiewet	ja	basisboete is 10 % van de betrokken omzet*
Mededingingswet	ja	basisboete is 10 % of promillage van de betrokken omzet*
Arbeidstijdenwet	nee	-
Mediawet 2008	nee	-

De tabel laat zien dat in een boetesysteem op verschillende wijze rekening kan worden gehouden met het behaalde voordeel. In de belastingwetgeving worden de verzuimboetes uitgedrukt in een percentage van het naheffingsbedrag. In het beleid van de Geneesmiddelenwet is het basisboetebedrag voor overtredingen waarmee grote economische voordelen kunnen worden behaald fors hoger dan voor de overige overtredingen. In de Telecommunicatiewet en de Mededingingswet is de betrokken, met de overtreding gegenereerde omzet, bepalend voor het bedrag van de bestuurlijke boete. En in de sociale zekerheid (geen beleid, maar AMvB) wordt de basisboete op een percentage van het benadelingsbedrag (het bedrag aan te veel ontvangen uitkering) vastgesteld.

4.3.5 Recidive

In § 4.2.6 is verondersteld dat, indien de wettelijke bepalingen geen bijzondere bepalingen bevatten omtrent recidive, het boetebeleid daarin wellicht voorziet. In de volgende tabel worden wet en beleid met elkaar vergeleken.

Tabel 4.18: Recidive in boetebeleid

	recidive bepalend voor wettelijk boetemaximum of strafrecht	recidive bepalend in boetebeleid
AOW	ja	ja
Geneesmiddelenwet	ja	ja
Wahv	nee	-
Awr	nee	ja
Wav	ja	nee
Tabakswet	ja	-
Whc	nee	-
Telecommunicatiewet	nee	ja
Mededingingswet	nee	ja
Arbeidstijdenwet	ja	nee
Mediawet 2008	nee	nee
Wft	ja	-

In de meeste gevallen waarin beleid is aangetroffen, voorziet het beleid ook in specifieke normen ten aanzien van recidive. En inderdaad voorziet het beleid vaak in een recidivebepaling indien de wet geen dergelijke bepaling bevat. Alleen in het boetestelsel van de Mediawet 2008 voorziet noch de wet, noch het beleid in specifieke regels omtrent recidive.

Hieronder zijn enkele voorbeelden opgenomen van recidivebepalingen in het boetebeleid.

AOW

Recidive is in het beleid van de Svb een omstandigheid die de ernst van de overtreding (mede)bepaalt. Het basisboetebedrag wordt met 50% wordt verhoogd, indien in de vijf jaar, onmiddellijk voorafgaande aan het moment van de overtreding waarvoor de bestuurlijke boete dient te worden opgelegd, is vastgesteld dat de belanghebbende de mededelingsverplichting op grond van dezelfde wet eerder heeft geschonden en voor die overtreding een bestuurlijke boete of een strafrechtelijke sanctie aan de belanghebbende is opgelegd.

Awr

In § 8 (strafverzwarende omstandigheden) van het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (een beleidsregel) is voor de vergrijpboetes een recidiveregeling opgenomen. Bij recidive kan de vergrijpboete bij grove schuld maximaal worden verdubbeld tot 50%. Een vergrijpboete op grond van artikel 67e lid 6 Awr kan bij recidive in geval van grove schuld maximaal worden verdubbeld tot 300% van het benadelingsbedrag. Voor verzuimboetes gelden geen bijzondere bepalingen omtrent recidive.

Telecommunicatiewet

Ingevolge artikel 18 lid 1 van de beleidsregels van de OPTA vormt recidive door dezelfde overtreder ten aanzien van eenzelfde type overtreding een boeteverzwarende omstandigheid. In geval van recidive wordt de bestuurlijke boete verhoogd met 100%, tenzij dit percentage gezien de omstandigheden van het concrete geval evident onredelijk zou zijn.

Mededingingswet

Artikel 12 van de beleidsregels voor de NMa bepaalt dat bij het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden in acht dienen te worden genomen. Ingevolge artikel 13 lid 1 is een boeteverhogende omstandigheid in ieder geval de omstandigheid dat er sprake is van recidive door dezelfde overtreder ten aanzien van eenzelfde type overtreding. Voorts schrijft het tweede lid voor dat in geval van recidive de NMa de bestuurlijke boete verhoogt met 100%, tenzij dit percentage gezien de omstandigheden van het concrete geval evident onredelijk zou zijn.

Mediawet 2008

Uit het beleid van het Commissariaat voor de Media volgt dat bij de vaststelling van de hoogte van de boete boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden in aanmerking worden genomen, zoals onder meer de omstandigheid dat er sprake is van recidive van overtreding van eenzelfde aard.

4.3.6 Tussenconclusie

Het boetebeleid vult de algemene boetebevoegdheid nader in en geeft dus invulling aan het wettelijke boetemaximum. Het ligt dan in de rede om te veronderstellen dat dezelfde factoren die van invloed zijn op het wettelijke boetemaximum ook doorwerken in het boetebeleid. Uit de vergelijking van de boetestelsels blijkt dat dat inderdaad het geval is waar het het te beschermen rechtsgoed betreft. Wel is de samenhang tussen het rechtsgoed en de boete-hoogte – uitgedrukt in het basisbedrag dat in het boetebeleid wordt gebruikt – omgekeerd aan de samenhang tussen het rechtsgoed en het wettelijke boetemaximum. In het beleid wordt immers de collectieve veiligheid en integriteit met gemiddeld *hogere* basisbedragen beschermd dan de individuele vrijheid en integriteit. Met andere woorden: de wetgever kiest voor hogere wettelijke maxima, die echter in de praktijk van het bestuursorgaan niet worden benut.

Voor de boetehoogte in het beleid is bovendien van belang wie de overtreder is. Natuurlijke personen worden met aanwijsbaar lagere boetes geconfronteerd dan rechtspersonen of personen die de overtreding begaan in de uitoefening van een functie of bedrijf. Bovendien wordt in het beleid vaak rekening gehouden met de omvang van het bedrijf, oftewel de draagkracht van de overtreder. Indien deze draagkracht niet zelfstandig wordt meegewogen, dan richt het beleid zich juist meer op het profijt dat met de overtreding is behaald. In een aantal gevallen is dat profijt een relevante maatstaf bij het bepalen van de boetehoogte.

Ten slotte is nagegaan in hoeverre recidive een rol speelt in het boetebeleid. Geconstateerd is dat waar de wetgever geen bijzondere bepalingen heeft geformuleerd ten aanzien van recidive, het in veel gevallen het bestuursorgaan is dat van recidive een strafverzwarende omstandigheid maakt in het boetebeleid. Slechts in een aantal boetestelsels wordt recidive in de wet noch in het beleid als strafverzwarende omstandigheid benoemd.

4.4 Techniek van het boetestelsel

4.4.1 Beschrijving variatie

De voorgaande analyse richt zich op de factoren die zelfstandig van invloed zijn op de boetehoogte, zowel op het wettelijke boetemaximum als op het basisbedrag dat in het boetebeleid wordt gehanteerd. Dit zijn factoren die normatief een rechtvaardiging vormen voor een bepaalde boetehoogte.

De boete wordt in een concreet geval echter niet alleen bepaald door deze factoren, maar ook door de techniek van het boetestelsel, oftewel: de manier waarop binnen het boetestelsel de boete wordt vastgesteld. Met ‘techniek’ wordt bedoeld op de wijze waarop de wetgever óf de beleidsmaker de algemene boetebevoegdheid heeft georganiseerd. Vaak is voorzien in rekenmethodes, tarievenlijsten of criteria waarmee de op zichzelf ruime boetebevoegdheid nader wordt genormeerd. Dit ‘nader normeren’ wordt in het vervolg ‘fixatie’ genoemd. In deze paragraaf wordt nagegaan op welke wijze de boetestelsels zijn gefixeerd en welke factoren van invloed zijn op de fixatie en de methode van fixatie.

Niet alle boetestelsels zijn nader genormeerd. In sommige gevallen wordt volstaan met een wettelijk boetemaximum, en wordt aan het bestuursorgaan overgelaten om in individuele gevallen een boete vast te stellen. Indien het bestuursorgaan over deze taak geen nadere regels heeft ontwikkeld, wordt in het vervolg gesproken van ‘geen’ of ‘open fixatie’.

De boetestelsels waarbij ofwel in de wet zelf, ofwel in het beleid van het boeteopleggende bestuursorgaan nadere normen zijn geformuleerd over de wijze waarop het boeteopleggende orgaan tot de boetevaststelling komt, kun-

nen worden onderverdeeld in drie categorieën. In de eerste plaats zijn er de boetestelsels die volledig zijn gefixeerd, en waarbij uit de feitenvaststelling automatisch een boetebedrag voortvloeit. Dit zijn de boetestelsels met zogenaamde *feitcodering*: aan elke denkbare overtreding is een boetebedrag verbonden. Deze feitcodering kan zowel in de wet als in beleidsregels zijn vormgegeven. In beide gevallen resteert nauwelijks afwegingsruimte.¹³

De tweede categorie betreft de stelsels met een *bandbreedte* of *boetecategorie*. In beide gevallen worden de overtredingen binnen het boetestelsel verbonden aan een richtbedrag, dat in het algemeen als maximale boete wordt beschouwd voor dat type overtreding. De boetecategorieën lijken het sterkst op het strafrechtelijke systeem en laten het boeteopleggende bestuursorgaan enige ruimte om in concrete gevallen te bepalen welke boetehoogte het meest passend is gelet op de geconstateerde overtreding. Ook voor deze bandbreedtes of boetecategorieën geldt dat deze zowel in de wet zelf kunnen zijn onderscheiden, als in het beleid of de beleidsregels van het boeteopleggende bestuursorgaan kunnen zijn gedefinieerd. In vergelijking tot de boetestelsels met een feitcodering is de voorspelbaarheid ten aanzien van de hoogte van de boete *minder* groot indien het boetestelsel bestaat uit een bandbreedte of boetecategorie. De fixatie is immers beperkt tot een richtbedrag, dat doorgaans als hoogst mogelijke boete geldt en waarbij omstandigheden van het geval ertoe kunnen leiden dat een lagere boete wordt opgelegd.

De derde categorie van fixatiemethodes betreft de *rekensom*. Bij de rekensom wordt de boetehoogte bepaald door een aantal op voorhand onbekende grootheden. Gedacht kan worden aan het behaalde profijt, zoals de betrokken omzet of de ten onrechte verkregen uitkering. Indien de fixatie bestaat uit een rekensom, dan is de hoogte van de boete in beginsel naar beide kanten (zowel naar boven als naar beneden) onduidelijk. Er is immers geen richtbedrag dat als maximum wordt gehanteerd. Ook voor de rekensom geldt dat deze zowel in de wet als in beleid kan zijn voorgeschreven.

De genoemde categorieën kunnen worden beschouwd als oplopend van zeer strikt naar aanmerkelijk minder gefixeerd. Binnen de rekensom heeft het bestuursorgaan immers aanmerkelijk meer ruimte om factoren mee te wegen die de hoogte van de boete uiteindelijk bepalen. Voor zover een boetestelsel bestaat uit een combinatie van technieken (bijvoorbeeld: rekensom binnen een bandbreedte), geldt de meest gefixeerde variant (in dit geval: de rekensom) als de maat voor de fixatie.

In de onderstaande tabel is weergegeven of de geselecteerde boetestelsels gefixeerd zijn en zo ja, hoe deze fixatie is vormgegeven (feitcodering, boetecategorie, rekensom). De tabel geeft tevens weer waar deze fixatie is te vinden (in de wet of in beleid). Indien meerdere technieken samenvallen (bijvoorbeeld: rekensom binnen bandbreedte),

¹³ Ongeacht de manier waarop fixatie is vormgegeven, geldt in alle gevallen dat het bestuursorgaan rekening kan – en moet – houden met de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid; zie art. 5:46 lid 2 Awb.

Tabel 4.19: Fixatie, fixatietechniek en grondslag

	fixatie?	fixatietechniek	bron
AOW	ja	rekensom	wet
Geneesmiddelenwet	ja	feitcodering	wet
Wahv	ja	feitcodering	wet
Awv (verzuim)	ja	feitcodering	beleid
Awv (vergrijp)	ja	rekensom	beleid
Wav	ja	feitcodering	beleid
Tabakswet	ja	feitcodering	wet
Whc	nee	-	-
Telecommunicatiewet	ja	rekensom	beleid
Mededingingswet	ja	rekensom	beleid
Arbeidstijdenwet	ja	feitcodering	beleid
Mediawet 2008	ja	bandbreedte	beleid
Wft	ja	bandbreedte	wet

Alleen de Whc kent totaal geen fixatie: het stelsel volstaat met het noemen van een boetemaximum, waarbinnen het bestuursorgaan zelf de boete moet vaststellen. Voor alle overige boetstelsels geldt dat voorzien is in een vorm van fixatie. De mate van fixatie varieert, net als de bron van de fixatie (beleid of wet).

Ten aanzien van de samenhang tussen de fixatietechniek en dus de mate van fixatie en de bron waarin die fixatie vorm krijgt (wet of beleid), valt op dat indien de wetgever de boetehoogte fixeert, vaker gekozen wordt voor een feitcodering en minder vaak voor een rekensom. Voor zover het boetestelsel afhangt van fixatie in beleid of beleidsregels, wordt zowel gekozen voor een feitcodering als voor een rekensom.

Tabel 4.20: Fixatie en grondslag

fixatietechniek	grondslag	
	wet	beleid
feitcodering	60 %	43 %
bandbreedte/boetecategorie	20 %	14 %
rekensom	20 %	43 %
totaal	100 %	100 %
n	5	7

4.4.2 Aantallen boetes en fixatie

Het ligt voor de hand dat naarmate een boete vaker wordt opgelegd, standaardisatie (en daarmee: fixatie) toeneemt. Immers, op het moment dat er meer sanctiebeschikkingen worden genomen, zijn er meer bevoegde personen nodig die de sancties kunnen opleggen. Het is vervolgens van belang dat deze personen volgens dezelfde standaarden werken om geen, voor de betrokkenen, ongerechtvaardigde verschillen te krijgen. Het opstellen van tarieflijsten kan er bijvoorbeeld toe bijdragen dat de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de burger beter worden gewaarborgd.

De onderstaande tabel bevat daarom een vergelijking van de fixatietechnieken naar het aantal opgelegde boetes in 2009. Dit aantal is ingedeeld in twee categorieën: meer dan 1.000 (Wahv, AOW, Awr, Wav, Atw) en minder dan 1.000 (de overige wetten).¹⁴

Tabel 4.21: Frequentie en fixatietechniek

fixatietechniek	aantal boetes in 2009	
	<1.000	>1.000
feitcodering	29 %	68 %
bandbreedte/ boetecategorie	29 %	-
rekensom	29 %	33 %
geen	14 %	-
totaal	100 %	100 %
n	7	6

¹⁴ De Awr is ingedeeld op basis van een schatting: het jaarverslag biedt geen inzicht in de aantallen boetes, maar slechts in de opbrengsten.

Bij de boetestelsels die resulteren in minder dan 1.000 boetes is de fixatietechniek gelijkmatig verdeeld over feitcodering, bandbreedtes en rekensommen. Bij boetestelsels die leiden tot meer dan 1.000 boetes lijkt er een voorkeur te bestaan voor feitcodering. Dit ligt voor de hand: juist bij grote aantallen boetes zou een minder strikte fixatie, zoals bijvoorbeeld bij een bandbreedte of een rekensom het geval is, leiden tot relatief hoge uitvoeringskosten door het boetepleggende bestuursorgaan, dat in dat geval dan immers bij elke overtreding de relevante individuele omstandigheden moet inventariseren en meewegen in de vaststelling van de boetehoogte. Een feitcodering abstraheert van deze individuele omstandigheden: de ernst van de overtreding en mate van verwijtbaarheid zijn in veel gevallen reeds verwerkt in de vastgestelde boetebedragen per omschreven overtreding. Overigens blijkt de grondslag van de fixatie niet relevant: indien wordt vergeleken naar de vraag of de fixatie in beleid of in de wet wordt vormgegeven, dan blijken de veelgebruikte boetestelsels en de minder vaak gebruikte boetestelsels gelijkmatig te zijn verdeeld over beide categorieën.

4.4.3 Wetsfamilie, moederministerie

De wijze waarop een boetestelsel is vormgegeven, kan ook verband houden met de wetsfamilie, of meer concreet: het moederministerie dat verantwoordelijk is voor de vormgeving van het boetestelsel. Verondersteld kan worden dat de boetestelsels die binnen een ministerie tot stand komen, onderling samenhang vertonen. Bijvoorbeeld omdat dezelfde wetgevingsambtenaren bij de totstandkoming van de wetten zijn betrokken, of omdat de totstandkoming van de regelgeving in de traditie van een bepaalde wetsfamilie staat.

Om deze veronderstelling te toetsen is de fixatietechniek (of het ontbreken ervan) van alle 82 boetestelsels vergeleken met het moederministerie dat als verantwoordelijk ministerie wordt aangeduid.¹⁵

¹⁵ De boetestelsels zijn ingedeeld naar verantwoordelijk ministerie gebaseerd op de eerste ondertekenaar van de wet, dan wel het ministerie dat op de website van de rijksoverheid wordt aangeduid als het verantwoordelijk ministerie. Indien meerdere ministeries verantwoordelijk zijn, is het boetestelsel ingedeeld in de categorie 'overig'.

Tabel 4.22: Fixatietechniek en moederministerie (gebaseerd op 82 boetestelsels)

moederministerie	feitcodering	bandbreedte	reksom	geen	totaal	n
BiZa	67 % (2)	-	-	33 % (1)	100 %	3
EL&I	14 % (2)	-	36 % (5)	50 % (7)	100 %	14
Fin	-	50 % (10)	45 % (9)	5 % (1)	100 %	20
IM	50 % (1)	-	-	50 % (1)	100 %	2
OCW	-	100 % (2)	-	-	100 %	2
SZW	22 % (4)	-	67 % (12)	11 % (2)	100 %	18
V&J	-	50 % (1)	-	50 % (1)	100 %	2
VWS	33 % (5)	-	53 % (8)	13 % (2)	100 %	15
overig	33 % (2)	17 % (1)	17 % (1)	33 % (2)	100 %	6
Totaal	20 % (16)	17 % (14)	43 % (35)	21 % (17)	100 %	82

Uit de tabel kan worden afgeleid dat de rekensom als fixatietechniek doorgaans het meest wordt gebruikt. Deze fixatietechniek wordt vooral aangetroffen bij wetgeving waarvoor de ministeries van SZW, Financiën en EL&I verantwoordelijk zijn. Bij de wetten die tot de verantwoordelijkheid van de ministeries van SZW en Financiën behoren, ligt dit voor de hand: de boete is in veel gevallen gebaseerd op het benadelingsbedrag in de vorm van de teveel ontvangen uitkering of de niet betaalde belasting. Bij het ministerie van EL&I zijn de rekensommen gebaseerd op betrokken omzet.

Feitcodering als fixatiemethode treft men vooral aan bij wetgeving die valt onder de verantwoordelijkheid van het ministerie van SZW (4) en het ministerie van VWS (5). Bandbreedtes of boetecategorieën kunnen vooral worden aangetroffen bij wetgeving die valt onder het ministerie van Financiën.

Bij de boetestelsels die vallen onder de ministeries van Financiën, VWS en SZW is de fixatie vaker gebaseerd op de wet dan op beleid (in 53 %, 91 % resp. 75 % van de boetestelsels is de fixatie vormgegeven in de wet). Voor de boetestelsels die vallen onder het ministerie van EL&I is de fixatie vaker aangetroffen in beleid (57 % van de boetestelsels).

4.4.4 Voorspelbaarheid van de overtreding

Een derde verklaring die van invloed kan zijn op de techniek van het boeteselsel betreft de voorspelbaarheid van de overtreding. Naarmate de delictsomschrijving minder vaagheden bevat, en eenvoudig kan worden vastgesteld wie de overtreder is, is het beter mogelijk de vormgeving van het boeteselsel verder te standaardiseren en dus te fixeren. Voorspelbaarheid van de overtreding bestaat dus uit twee kenmerken: duidelijkheid delictsomschrijving en kenbaarheid overtreder.

Met ‘duidelijke delictsomschrijving’ wordt bedoeld op de interpretatie van de bevoegdheidsvoorwaarden. De score vergt een kwalificatie van de te handhaven voorschriften. Aan het ene uiterste bevinden zich voorschriften als die in de Wahv en de Wav: over de overtredingen op grond van deze wet is weinig discussie mogelijk. Aan het andere uiterste bevindt zich bijvoorbeeld de AOW. Artikel 49 AOW verplicht de betrokkene “alle feiten en omstandigheden” aan de uitkeringsinstantie mee te delen waarvan “hem duidelijk moet zijn dat zij van invloed kunnen zijn op het recht op uitkering, de hoogte van de uitkering of op het bedrag van de uitkering dat wordt betaald”. In het midden blijft welke informatie moet worden meegedeeld en wanneer.

Tabel 4.23: duidelijkheid delictsomschrijving en fixatietechniek

	duidelijke delictsomschrijving?	
	ja	nee
fixatietechniek		
feitcodering	71 %	17 %
bandbreedte/ boetecategorie	14 %	17 %
rekensom	14 %	50 %
geen	-	17 %
totaal	100 %	100 %
n	7	6

De tabel illustreert dat een duidelijke delictsomschrijving samenvalt met een *strikt* fixatie, namelijk in de vorm van een feitcodering. Dit ligt voor de hand: bij een feitcodering is bijna per definitie sprake van een duidelijke delictsomschrijving. Bij het vaststellen van het boetebedrag wordt immers gebruik gemaakt van die duidelijke delictsomschrijving. Uit de tabel blijkt ook dat bij een vagere delictsomschrijving vooral een rekensom past. Ook dit ligt voor de hand: naarmate de delictsomschrijving vager is, zijn er meerdere factoren die meegewogen moeten worden in de vaststelling van de boete hoogte.

Voor wat betreft de (her)kenbaarheid van de overtreder gaat het om de vraag of aanstonds duidelijk is wie de overtreder is. Voor overtredingen van de Wahv, de Arbeidstijdenwet en de Tabakswet is onmiddellijk duidelijk wie de overtreder is. De delictsomschrijving laat daarover weinig onduidelijkheid bestaan. Bij de constatering van een verboden prijsafsprak is de overtreder echter niet onmiddellijk duidelijk. Dat geldt ook voor het aanbieden van obscure sms-diensten of het verzenden van spam (beboetbare feiten op grond van de Telecommunicatiewet). Hetzelfde geldt voor het (via internet) aanbieden van geneesmiddelen. Voor deze laatste categorie boetestelsels is nader onderzoek nodig naar de overtreder en kan (dus) worden verondersteld dat het boetestelsel minder fixatie bevat ten aanzien van de persoon van de overtreder.

De volgende tabel bevat een vergelijking van de mate van fixatie naar de kenbaarheid van de overtreder.

Tabel 4.24: Kenbaarheid overtreder en fixatietechniek

fixatietechniek	kenbare overtreder?	
	ja	nee
feitcodering	56 %	25 %
bandbreedte/boetecategorie	22 %	-
rekensom	22 %	50 %
geen	-	25 %
totaal	100 %	100 %
n	9	4

Naarmate de overtreder meer kenbaar is, is sprake van een striktere fixatie-techniek, met vaker feitcodering als methode van fixatie. Indien de overtreder niet op voorhand kenbaar is, wordt vaker een rekensom gebruikt of is helemaal geen sprake van fixatie.

4.4.5 Tussenconclusie

In deze paragraaf is nagegaan hoe de bij de boetestelsels gekozen techniek kan worden verklaard. Met ‘techniek’ wordt hier bedoeld op de mate waarin het boetestelsel voorschrijft welke boete in welke gevallen moet worden opgelegd. Het gaat dan dus om de mate van fixatie. De mate van fixatie is onderscheiden in drie categorieën: feitcodering als meest verstrekkende fixatiemethode, boetecategorieën of bandbreedtes als minder strikte fixatie en rekensommen als minst strikte fixatiemethode. Daarnaast zijn boetestelsels waarbij buiten de maximale boete geen nadere fixatie is aangetroffen.

De mate van fixatie lijkt samen te vallen met de frequentie waarin het boetestelsel wordt gebruikt, en dus de aantallen bestuurlijke boeten die worden opgelegd. Naarmate een boetestelsel vaker tot een bestuurlijke boete leidt, is vaker sprake van feitcodering. Indien minder vaak een boete wordt opgelegd, kan men ook boetecategorieën of in het geheel geen fixatie verwachten.

Ook het moederministerie blijkt relevant. De fixatietechniek lijken in wetten die vallen onder de verantwoordelijkheid van hetzelfde ministerie vaak op elkaar. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de boetestelsels die vallen onder de ministeries van SZW, Financiën en EL&I, waarbij de boete vaak wordt vastgesteld aan de hand van een rekensom. Feitcodering treft men juist vaker aan bij de boetestelsels die vallen onder het ministerie van SZW en het ministerie van VWS.

De meest overtuigende verklarende factor is de mate waarin de overtreding voorspelbaar is. Voorspelbaarheid van de overtreding hangt samen met de duidelijkheid van de delictsomschrijving in combinatie met de kenbaarheid van de overtreder. Van de boetestelsels in de steekproef blijkt de voorspelbaarheid van de overtreding samen te hangen met een striktere fixatie, waarbij vaker sprake is van een feitcodering.

Overigens zullen doorgaans de voorspelbaarheid van de overtreding en de frequentie waarin een boetestelsel leidt tot een boete samenvallen: naarmate een overtreding vaker voorkomt, zal de wetgever vaker kiezen voor een eenvoudige delictsomschrijving waarbij de overtreder eenvoudig kan worden herkend. De ontwikkeling van de Wav, met daarin het ruime werkgeversbegrip, is daarvan een voorbeeld.

4.5 Clusteranalyse

4.5.1 Vooraf

In de voorgaande paragrafen zijn de boetestelsels vergeleken en is per factor nagegaan of deze van invloed is op de boetehoogte dan wel de vormgeving van het boetestelsel (fixatie). De variabelen kunnen ook in onderling verband worden beschouwd. Dit leidt tot een hiërarchische clusteranalyse. Het doel van de hiërarchische clusteranalyse is het indelen van cases (in dit geval: boetestelsels) in groepen (clusters). In de analyse worden de scores op een aantal variabelen met elkaar vergeleken, en wordt de afstand tussen de individuele cases berekend. De cases die het dichtst bij elkaar liggen, vormen een nieuw cluster, waarmee opnieuw wordt berekend hoever de score op de variabelen van elkaar verschillen.¹⁶

¹⁶ Pang-Ning Tan, Michael Steinbach, Vipin Kumar, *Introduction to Data Mining*, Boston: Addison-Wesley Publishing 2005, p. 490

Het resultaat is een dendrogram met aan de linkerzijde de grootste variatie, waarin elke case een cluster op zichzelf vormt en aan de rechterzijde de cases zijn ingedeeld in uiteindelijk twee en uiteindelijk één cluster ter grootte van de gehele steekproef. Met dit dendrogram wordt het mogelijk om boetestelsels te onderscheiden die meer op elkaar lijken en juist meer afwijken van de andere boetestelsels. Het resultaat is een aantal relatief homogene groepen met boetestelsels met vergelijkbare eigenschappen.

In deze paragraaf worden deze groepen geïdentificeerd. Eerst voor wat betreft de boetehoogte, waarbij de eigenschappen of variabelen zijn gekozen die gerelateerd zijn aan de boetehoogte, en vervolgens voor wat betreft de techniek van het boetestelsel. De clusteranalyse is in twee stappen uitgevoerd: in eerste instantie is de hiërarchische clusteranalyse verricht voor de steekproef, waarbij meer informatie beschikbaar is ten aanzien van de gekozen variabelen.

Vervolgens is dezelfde analyse gedeeltelijk herhaald, met minder variabelen, op alle 82 onderzochte boetestelsels. Deze tweede stap is bedoeld ter verbreding van de analyse en ter verificatie van het beeld dat is ontstaan bij de bestudering van de steekproef. Omdat van de 82 boetestelsels minder gedetailleerde informatie beschikbaar is,¹⁷ wordt dit resultaat niet afzonderlijk gepresenteerd, maar wordt in de sfeer van voorbeelden wel gerefereerd aan andere boetestelsels die tot een bepaald cluster behoren.

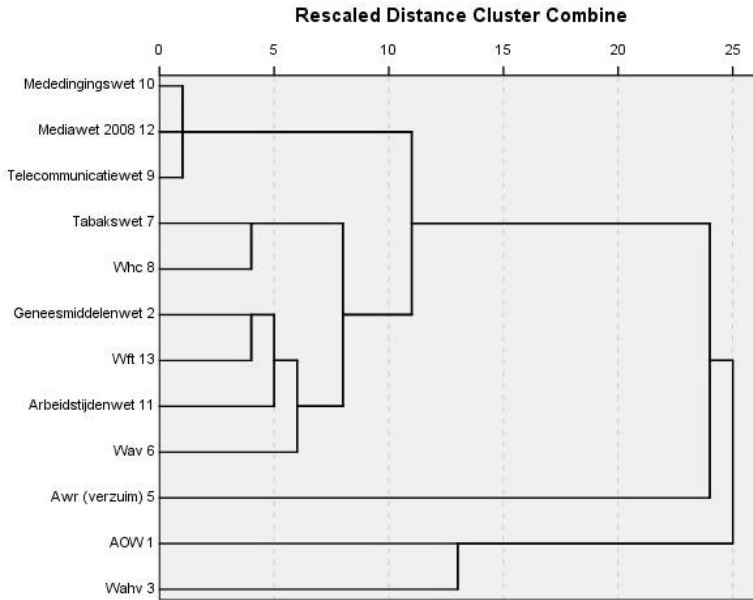
4.5.2 Boetehoogte

De boetestelsels die onderdeel uitmaken van de steekproef, zijn vergeleken op een aantal variabelen die verband houden met de *boetehoogte*. Deze variabelen vallen samen met:

- De aard van de overtreder.
- De aard van de overtreding.
- Het behaalde profijt en samenloop met andere sancties (zowel herstel als punitief).
- Recidive als relevante factor in het boetestelsel.

Eerder zijn deze variabelen aangemerkt als relevante factoren voor de hoogte van de boete. Diagram 1 bevat een overzicht van de vergelijking van de boetestelsels op deze variabelen. Dit diagram bevat alle boetestelsels uit de steekproef. De verbindinglijnen geven aan welke boetestelsels het meest op elkaar lijken. Van links naar rechts worden deze steeds verder gegroepeerd, tot uiteindelijk één cluster ontstaat met daarin alle boetestelsels uit de steekproef.

¹⁷ Voor de 82 boetestelsels is bijvoorbeeld niet nagegaan welk rechtsgoed wordt beschermd en of met de overtreding profijt kan worden behaald. Ook is minder informatie beschikbaar over de variabelen die verband houden met de techniek van het boetestelsel (wetsfamilie, voorspelbaarheid overtreding, aantal boetes).

Diagram 1: Hiërarchische clustering steekproef ten aanzien van boetehoogte

Alleen het boetestelsel in de Awr valt niet goed te vergelijken en vormt eigenlijk een cluster op zichzelf. Voor het overige vallen de boetestelsels uiteen in drie clusters:

1. Mededingingswet, Mediawet 2008, Telecommunicatiewet: marktregulering gericht op rechtspersonen

In dit cluster bedraagt de boete € 450.000 (uitzondering: Mediawet 2008), wordt bij de berekening van de boete veelal rekening gehouden met het behaalde profijt en is sprake van een samenval met een strafrechtelijk handhavingsinstrumentarium, waarbij recidive een relevant criterium vormt voor de overstap naar het strafrecht.

In de analyse van alle 82 boetestelsels komen ook andere boetestelsels aan het licht die tot dit cluster kunnen worden gerekend. Hierbij kunnen in het bijzonder de Postwet 2009, Gaswet en de Wet luchtvaart worden genoemd.

2. Geneesmiddelenwet, Arbeidstijdenwet, Wet op het financieel toezicht, Tabakswet, Wav: marktregulering en veiligheid gericht op zowel rechtspersonen als natuurlijke personen

De boetestelsels in dit cluster richten zich vooral op rechtspersonen, maar ook op natuurlijke personen (Wav, Arbeidstijdenwet). In de wet of in het beleid wordt een onderscheid gemaakt ten aanzien van de boetehoogte voor deze twee specifieke doelgroepen. De gemiddelde boetehoogte bedraagt ongeveer

€ 1 miljoen, met uitschieters naar boven (Wft) en naar beneden (Atw, Wav). Deze maximale boetes richten zich overigens voornamelijk op rechtspersonen; natuurlijke personen worden bedreigd met een boete van maximaal € 4.000.

In het overzicht van alle 82 boetestelsels vallen de wetten in dit cluster samen met bijvoorbeeld boetestelsels op grond van de Arbeidsomstandighedenwet, Binnenvaartwet en de Loodsenwet.

3. AOW, Wav: cluster regulering gericht op natuurlijke personen.

Het laatste cluster betreft de regulering die zich uitsluitend richt op natuurlijke personen. De boetehoogte bedraagt daarbij gemiddeld € 1.305, waarbij aangetekend moet worden dat in het geval met het overtreden profijt kan worden behaald (AOW), het boetebedrag aanmerkelijk hoger kan liggen, omdat dat profijt wordt doorberekend in de boetehoogte.

Andere boetestelsels die gelijkenis vertonen met dit cluster zijn bijvoorbeeld de Algemene nabestaandenwet, Toeslagenwet, WAO en Wet WIA, de Algemene Kinderbijslagwet, Wet arbeid en zorg en de Wet inburgering.

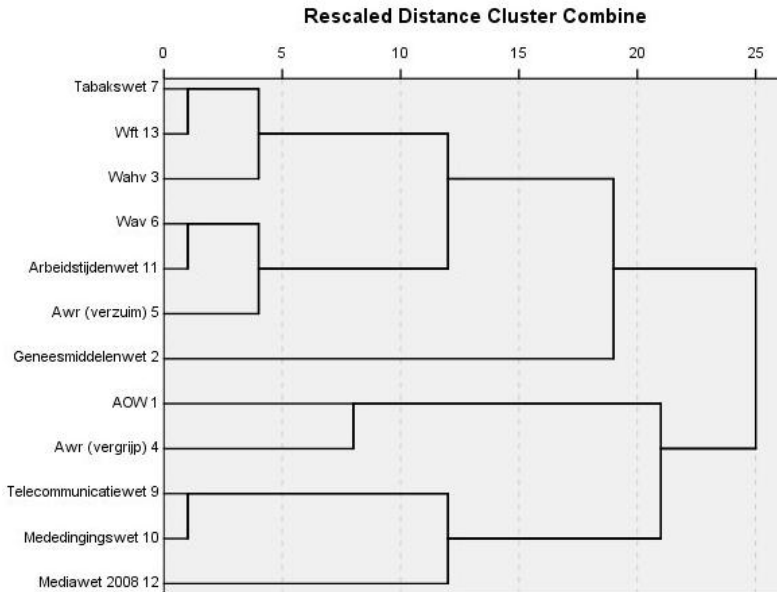
4.5.3 Techniek boetestelsel

Vervolgens zijn de boetestelsels vergeleken op de factoren die van invloed kunnen zijn op de vormgeving. De relevante factoren waarop de stelsels zijn vergeleken, zijn:

- Het aantal boetes in 2009.
- De wetsfamilie, geoperationaliseerd naar verantwoordelijk ministerie.
- De voorspelbaarheid van de overtreding (duidelijkheid delictsomschrijving, voorspelbaarheid overtreder).
- De mate van fixatie en de grondslag van die fixatie (wet of beleid).

Figuur 4.2 beeldt af welke van de onderzochte boetestelsels het meest op elkaar lijken voor wat betreft de techniek waarmee de boete wordt berekend. In het diagram worden de boetestelsels die de meeste overeenkomsten hebben, met elkaar verbonden.

Het diagram illustreert dat er drie clusters kunnen worden onderscheiden. Het eerste cluster bestaat uit de Tabakswet tot en met de Awr (verzuim). Het tweede cluster bestaat uit de AOW en Awr (vergrijpboete). En het derde uit de Telecommunicatiewet tot en met de Mediawet 2008. De Geneesmiddelenwet valt niet in te delen in deze clusters en toont de meeste verwantschappen met het eerste cluster.

Figuur 4.2: Hiërarchische clustering steekproef ten aanzien van fixatietechniek

1. Tabakswet, Wft, Wahv, Wav, Arbeidstijdenwet, Awr (verzuim): gefixeerd in wet of beleid

In dit cluster bevinden zich de boetestelsels waarin fixatie plaatsvindt aan de hand van een vastgesteld boetebedrag per omschreven overtreding. De overtreder is veelal kenbaar en de delictsomschrijving doorgaans duidelijk en bevat geen vage bestandsonderdelen. De onderverdeling in fixatie in wet of in beleid lijkt een tamelijk toevallige. Er is althans geen rechtvaardiging te vinden voor de grondslag van de fixatie zelf.

2. AOW, Awr (vergriep): frequent opgelegde boetes gebaseerd op een rekensom

De boetestelsels in dit cluster onderscheiden zich doordat de boetehoogte wordt vastgesteld aan de hand van een rekensom waarbij (veelal) ook het behaalde profijt een rol speelt. De omvang van het profijt kan relatief eenvoudig worden ge(re)construeerd, bijvoorbeeld omdat het gaat om teveel betaalde uitkeringen, of een aanslag die achteraf wordt vastgesteld.

3. Telecommunicatiewet, Mededingingswet, Mediawet 2008: minder frequent opgelegde boetes, gebaseerd op een rekensom of bandbreedte

De techniek van deze boetestelsels lijkt op het voorgaande cluster, in die zin dat de boetehoogte wordt vastgesteld met behulp van een rekensom, waarbij (ook) profijt een rol speelt. Het verschil is dat dit profijt niet eenvoudig zal kunnen worden vastgesteld. Bijvoorbeeld waar het gaat om de betrokken omzet: het is niet altijd goed te onderscheiden wat tot de omzet behoort die met de

overtreding is vergaard. Bovendien geldt voor de boetestelsels in dit cluster dat de overtredingen minder uniform zijn en (dus) minder voorspelbaar. Met het voorgaande hangt samen dat aanmerkelijk minder boetes worden opgelegd in vergelijking tot de boetestelsels die bij het voorgaande cluster horen.

4.6 Conclusie

Het doel van dit hoofdstuk is het *vergelijken* van een aantal boetestelsels en het *toetsen* van de factoren die, blijkens de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke verkenningen, van invloed zijn op de hoogte van de boete. Deze factoren zijn verwerkt in een verklaringsmodel, waarbij het wettelijke boetemaximum, het boetebeleid en de techniek van het boetestelsel de afhankelijke variabelen vormen. Dit verklaringsmodel is getoetst in een kwantitatieve vergelijking van een twaalfstal boetestelsels, waarbij is gezocht naar overeenkomsten tussen de boetestelsels.

De analyse toont dat de *hoogte* van de boete sterk samenhangt met de aard van de overtreder en de aard van het rechtsgoed dat door de boete wordt beschermd. Gelet op de aard van de onderzochte regelgeving (ordeningswetgeving) zijn met name boetestelsels onderzocht die zich primair richten op de bescherming en van collectieve veiligheid en integriteit, en daarnaast individuele vrijheid en individuele integriteit en eventueel eigendom. Bescherming van individuele eigendom is bij ordeningswetgeving bijna per definitie een secundair belang, dat bijvoorbeeld wel kan doorwerken in aanvullende civiele procedures, maar geen primair doel vormt van het handhavingsinstrumentarium.

Bij de vergelijking van de boetebedragen (zowel de maximale boetebedragen als de basisbedragen in het boetebeleid) valt op dat de wettelijke maxima en de basisbedragen in het boetebeleid een omgekeerde verhouding laten zien. Waar de wettelijke maximale boetes voor boetestelsels gericht op de bescherming van individuele vrijheid en integriteit *hoger* liggen dan in de boetestelsels gericht op de bescherming van collectieve veiligheid en integriteit, is dat in het boetebeleid precies andersom. Deze constatering duidt op een verschil in rationaliteit van de wetgever en het boeteopleggende bestuursorgaan. Het wettelijke boetemaximum kan immers gezien worden als een neerslag van een politieke discussie. De wetgever geeft met dat bedrag aan hoezeer de overtreding van de voorschriften een inbreuk zou kunnen vormen op de rechtsorde. Het boetemaximum heeft in zoverre (ook) een symbolische waarde. In het boetebeleid geldt daarentegen de rationaliteit van alledag, waarbij niet de uitzonderlijke zeer schokkerende overtredingen de doorslag geven, maar het gemiddelde van wat het bestuursorgaan tegenkomt.

Ook de aard van de overtreder speelt een rol in de bepaling van de boete. Natuurlijke personen worden met een aanmerkelijk lagere boete bedreigd dan rechtspersonen of personen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Het verschil bedraagt de helft in bijvoorbeeld het beleid op grond van de Wv. Indien men de stelsels onderling vergelijkt, dan valt op dat het maximale boe-

tebedrag voor natuurlijke personen ongeveer € 1.300 bedraagt, terwijl voor ondernemingen de maximale boete zo'n € 450.000 bedraagt, met een uitloop naar boven indien het genoten voordeel daartoe aanleiding geeft. Meer in het bijzonder voor ondernemingen geldt dat in het beleid vaak rekening wordt gehouden met de omvang van de onderneming en (dus) de draagkracht. Bij de vaststelling van de omvang van de onderneming wordt doorgaans aangeknoopt bij de aantallen werknemers. Het boetebedrag voor een kleine onderneming (minder dan tien werknemers) bedraagt dan 20-50 % van het standaard boetebedrag. Voor midden- en middelgrote ondernemingen (meer dan tien, minder dan 50 werknemers, geldt een percentage van 30-75 %. Grote bedrijven (meer dan 100 werknemers) kunnen doorgaans het volledige boetebedrag of soms zelfs anderhalf keer dat boetebedrag tegemoet zien.

Naast het aantal werknemers heeft soms ook het met de overtreding behaalde voordeel invloed op de hoogte van de boete. Dit is enerzijds een maat voor de omvang van de onderneming, maar heeft anderzijds ook zelfstandig invloed op de hoogte van de boete. Het wegnemen van het profijt, bijvoorbeeld door het onverschuldigd betaalde terug te vorderen, resulteert gemiddeld in lagere boetes. Indien een dergelijke terugvorderingsmogelijkheid ontbreekt, zijn de boetes doorgaans hoger. De boete ziet dan (ook) op het ontnemen van het voordeel. Soms is dat een expliciet onderdeel van de boeteberekening. Gedacht kan worden aan de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet, waarbij de betrokken omzet de grondslag vormt voor de vaststelling van de boetehoogte.

Ten slotte vormt recidive een bepalende factor voor de boetehoogte. In een aantal gevallen is recidive in de wet aangemerkt als strafverzwarende omstandigheid. In andere gevallen bevat het beleid een bepaling ten aanzien van recidive. Recidive werkt overigens niet alleen door in de *boetehoogte*. Recidive kan ook van invloed zijn op de keuze tussen een strafrechtelijke of een bestuursrechtelijke boete. In een aantal gevallen bevat de wet een expliciete keuze voor strafrechtelijke beboeting indien sprake is van een herhaalde recidive. Opmerkelijk is evenwel dat de maximale geldboetes bij strafrechtelijke handhaving doorgaans op een lager niveau liggen dan de bestuurlijke boetes. Hierbij moet echter wel worden opgemerkt dat strafrechtelijke handhaving ook kan resulteren in het opleggen van een andersoortige sanctie, zoals hechtenis of gevangenisstraf.

De hoogte van de boete wordt niet alleen bepaald door het wettelijke boetemaximum en het boetebeleid, maar ook door de specifieke techniek van het boetestelsel. Het gaat daarbij om de mate van fixatie en de vorm van die fixatie in wet of beleid. De onderzochte boetestelsels variëren voor wat betreft de techniek en de mate van fixatie. Soms wordt volstaan met het wettelijk maximum en geldt geen bijzondere invulling van de boetebevoegdheid. Er is dan in het geheel geen sprake van fixatie. In andere stelsels is het boetebedrag wel gefixeerd. De fixatie kan zowel gericht zijn op het feit als op de overtreding. Dit leidt tot een zogenaamde 'feitcodering', waarbij bij de omschreven overtreding een vastgesteld boetebedrag hoort. Minder sterke fixatie vormt de

bandbreedte, waarbij geen boetebedrag, maar een maximale boetecategorie wordt omschreven. En ten slotte is de rekensom aangetroffen als methode om de boete vast te stellen.

De onderscheiden fixatiemethoden hangen samen met de aantallen opgelegde boetes, waarbij in het algemeen geldt dat rekensommen minder voor de hand liggen naarmate vaker een boete moet worden opgelegd. De uitzondering op deze regel vormen de boetestelsels in de AOW en de Awr (vergrijp). In beide gevallen vormt echter de parallelle herstelsanctie het aangrijpingspunt waarmee het benadelingsbedrag (en dus de parameters voor de boetehoogte) aan het licht komen.

Naast de aantallen vormen ook de voorspelbaarheid van de overtreding, uitgewerkt in de helderheid van de delictsomschrijving en de kenbaarheid van de overtreder, twee aanknopingspunten die samenhangen met de methode van fixatie.

Ook lijkt de wetsfamilie van invloed op de wijze waarop het boetestelsel technisch wordt vormgegeven. Boetestelsels lijken vaak te worden overgenomen uit aangrenzende wetgeving. Gelet op de variatie aan technieken in de boetestelsels ligt het voor de hand om het aantal modaliteiten terug te brengen en de keuze voor een bepaalde modaliteit (beter) te onderbouwen.

Samenvatting, conclusies en aanbevelingen

5.1 Hoofdvraag, uitgangspunten en onderzoeksaanpak

In het Nederlandse recht bestaan diverse boeteregelingen naast elkaar. Naast strafrechtelijke wetgeving (commune en orderingsdelicten) gaat het om (ruim 80) bestuursrechtelijke wetten met een bestuurlijke boete. Deze boeteregelingen zijn deels (sterk) verschillend van opzet en lopen deels (sterk) uiteen waar het gaat om de maximaal op te leggen boete. Waarom voor welk stelsel is gekozen en waarom voor welke maximale boete, is lang niet altijd duidelijk. Verondersteld kan worden dat factoren, zoals aantallen boetes en aard van het delict (met inbegrip van het betrokken rechtsgoed) van invloed zijn. Maar ook kan het zijn dat departementale wetgevingsgewoonten een rol spelen. In elk geval is opgevallen dat in het Nederlandse boeterecht als geheel onvoldoende consistentie en evenwicht zit. In de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel is daarom uitgesproken dat een algemeen beoordelingskader voor bestuursrechtelijke en strafrechtelijke boetes op de verschillende ordeningsterreinen functioneel kan zijn, “om in processen van wetgeving te kunnen beargumenteren hoe hoog de maximaal op te leggen boete is, opdat die goed aansluit op de hoogte van boetes in andere wetgeving.”¹ Ook in het Handhavingsprogramma 2011-2014 van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) wordt aandacht gevraagd voor de mogelijkheid van bevordering van meer eenheid in de boetehoogte en de methode van tarifiering.²

Het onderzoek waarvan hier verslag wordt gedaan, beoogt bij te dragen aan het tot stand brengen van het gewenste referentiekader. Dit referentiekader betreft twee punten: de hoogte van boetes en de vormgeving van boetestelsels. Daarom luidt de hoofdvraag van het onderzoek:

¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69, p. 12 en *Kamerstukken I* 2008/09, 31 700 VI, D, p. 12.

² Zie het ‘Handhavingsprogramma 2011-2014’, p. 31.

Hoe wordt de boetehoogte in het bestuursrecht en het strafrecht bepaald en op welke wijze kan meer eenheid worden gebracht in de systematiek waarmee de boetehoogte wordt vastgesteld?

De te beantwoorden deelvragen zijn:

- i. *Welke factoren zijn op het terrein van het strafrecht, meer in het bijzonder het orderingsstrafrecht, van invloed op de hoogte van boetes en de vormgeving van het boetestelsel?*
- ii. *Welke factoren zijn op het terrein van het bestuursrecht van invloed op de hoogte van boetes en de vormgeving van het boetestelsel?*
- iii. *Hoe verhouden de achterhaalde strafrechtelijke factoren en bestuursrechtelijke factoren zich tot elkaar?*
- iv. *Op welke wijze kan meer eenheid in de boetesystematiek worden gebracht?*

Ter beantwoording van deze vragen zijn de factoren achterhaald die van invloed zijn op de boetehoogte en de vormgeving van boetestelsels. De reconstructie van factoren met betrekking tot de boetehoogte en de vormgeving van boetestelsels heeft op twee niveaus plaatsgevonden: het niveau van de wet en dat van het beleid. Tevens is aandacht besteed aan de praktijk. Dit, om te kunnen beoordelen of de praktijk nauw aansluit bij de in (de wet en) het beleid neergelegde factoren. Zou dat niet het geval blijken te zijn terwijl het onderzoek zich uitsluitend op de wet en het beleid zou toelekken, dan zou de reconstructie blijven steken in een ‘papieren’ exercitie.

Een ander uitgangspunt voor het onderzoek was het streven naar eenvoud. Juist voor onderzoek naar de factoren die de boetehoogte bepalen, is dat van bijzondere betekenis. Immers, de hoogte van de boete dient te voldoen aan de evenredigheidseis, wat impliceert dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Aangezien die omstandigheden (naar soort en gewicht) welhaast oneindig zijn, zou verdisconting van alle mogelijke omstandigheden een zeer complex referentiekader als eindresultaat hebben. Op voorhand is echter duidelijk dat een te verfijnd referentiekader niet meer dienstig is – en zelfs afbreuk kan doen – aan meer consistentie en evenwicht in het Nederlandse boeterecht: er zou geen sprake meer zijn van, in de woorden van de Kabinetsnota, een functioneel algemeen beoordelingskader. Het streven naar eenvoud ten einde te komen tot een functioneel referentiekader mag er anderzijds, in het licht van de evenredigheidseis, niet toe leiden dat de toepassing van dit kader bijdraagt aan veronachtzaming van relevante factoren bij het nemen van boetebeslissingen in de praktijk. Zou dat toch het geval zijn, dan kan evenmin van een functioneel algemeen beoordelingskader gesproken worden.

Een werkelijk dilemma is hier intussen niet aan de orde. Het is te doen om een inventarisatie van de *belangrijkste* factoren, dat wil zeggen factoren waar de *wetgever* in *elk* geval aandacht aan dient te besteden. Wanneer een

boetestelsel andere factoren niet uitsluit dan wel een algemene voorziening bevat die bestuur en rechter de ruimte bieden om met alle (overige) relevante omstandigheden rekening te houden, kan in concreto steeds aan de evenredigheidseis tegemoet gekomen worden.

Op voorhand was duidelijk dat in het strafrecht veel meer over straftoemeting en de daarvoor relevante factoren is nagedacht dan in het bestuursrecht. Ten behoeve van de inventarisatie van de factoren die van invloed zijn op de boetehoogte en de vormgeving van boetestelsels is daarom allereerst gekeken naar het strafrecht: op het niveau van achtereenvolgens de wet (het Wetboek van Strafrecht), het OM-beleid (Polaris-richtlijnen en andere OM-beleidsregels of -aanwijzingen) en het rechterlijk beleid (oriëntatiepunten straftoemeting en de Databank Consistente Straftoemeting) zijn deze factoren beschreven, geordend en geanalyseerd. Deze beschrijving, ordening en analyse hebben betrekking op het strafrecht in het algemeen. Voorts heeft een toespitsing ('trechtering') plaatsgevonden voor de orderingsdelicten (WED) en is daarnaast afzonderlijk aandacht besteed aan de OM-afdoening.

Vervolgens is gekeken naar de bestuursrechtelijke boetestelsels. Binnen de ruim 80 boetestelsels is een selectie gemaakt, waarbij aan de hand van tevoren beredeneerde criteria is beoogd recht te doen aan de variatie binnen het geheel aan bestuursrechtelijke boetestelsels. De geselecteerde boetestelsels zijn uitgebreid beschreven en diepgravend geanalyseerd. Op een aantal punten is daarbij tevens, voor zover dat gelet op de beschikbare gegevens mogelijk was, een vergelijking gemaakt met de gehele populatie van ruim 80 boetestelsels. Net als in het strafrechtelijke deel, is in het bestuursrechtelijke deel studie gemaakt van de wet (diverse bijzondere wetten) en het beleid (de beleidsregels, doorgaans vastgesteld door de op grond van die wetten tot beboeting bevoegde bestuursorganen), alsmede van toelichtende documenten (memorie van toelichting en andere kamerstukken; motivering beleidsregels). Vervolgens zijn de boetestelsels vergeleken en is getoetst in hoeverre de genoemde factoren inderdaad van invloed zijn op de boetehoogte.

5.2 Algemene bevindingen

In het onderzoek was het te doen om een *reconstructie* van de factoren die van invloed zijn op de boetehoogte en de vormgeving van boetestelsels. In eerste instantie ging het daarbij om een zo volledig mogelijk overzicht van deze factoren, maar via een proces van 'trechtering' zou uiteindelijk, in het belang van de gewenste eenvoud, een overzicht van een beperkt aantal (uiteraard belangrijkste) factoren verkregen moeten worden. Alvorens dit overzicht te geven, verdient een aantal algemene bevindingen uit het strafrechtelijke respectievelijk het bestuursrechtelijke onderzoeksdeel aandacht.

5.2.1 Strafrecht

Het commune strafrecht kent een stelsel van maximum straffen (in combinatie met uiterst lage minimumstraffen), met als consequentie dat er als uitgangspunt veel vrijheid – zeer ruime bandbreedtes – voor het bepalen van de boetehoogte aanwezig is. Dit wil niet zeggen dat beslisregels aan de hand waarvan de boetehoogte nader kan worden bepaald geheel ontbreken. In tegendeel. Zowel op het niveau van de wet als op dat van het OM-beleid en het rechterlijk beleid zijn duidelijk factoren aanwezig die de keuzevrijheid inperken. Sterker nog, het OM-beleid (Polaris-richtlijnen en andere beleidsregels) en de rechterlijke oriëntatiepunten straftoemeting en de Databank Consistente Straftoemeting strekken er juist speciaal toe die keuzevrijheid nader te structureren.

Op het niveau van het Wetboek van Strafrecht zijn, mede gezien haar wetsgeschiedenis, strafverhogende en strafverlagende factoren van invloed, alsook een aantal overige (externe) factoren. De op het niveau van de Polaris-richtlijnen en overige OM-beleidsregels bestaande factoren vallen voor een deel samen met de op wetsniveau bestaande factoren; voor een ander deel geven zij invulling aan laatstgenoemde factoren of komen zij neer op extra factoren. Hetzelfde geldt voor factoren vervat in de rechterlijke oriëntatiepunten straftoemeting en de Databank Consistente Straftoemeting, met dien verstande dat deze databank vooral op de zwaardere delicten betrekking heeft.

Eindresultaat is een bestand aan zeer talrijke en zeer uiteenlopende factoren. Dit heeft rechtstreeks te maken met ten eerste de vele (soorten) commune delicten waarop deze factoren zien en ten tweede de maatwerkbenadering die in het commune strafrecht voorop staat. Een en ander geldt voor het commune strafrecht: voor het ordeningsrecht – maar ook voor lichte commune delicten, met name die welke zich lenen voor een OM-afdoeiing – ligt het duidelijk anders.

Met artikel 23 Sr, waarin zes categorieën geldboetes zijn neergelegd die voor soorten strafbare feiten ten hoogste kunnen worden opgelegd, wordt de indruk gewekt dat de hoogte van geldboetes in het strafrecht op eenduidige en overzichtelijke wijze is geregeld. De zeer talrijke en zeer uiteenlopende factoren die blijkens nadere wettelijke bepalingen en toelichtingen daarop en blijkens OM- en rechterlijk beleid op de hoogte van geldboetes van invloed zijn, staan daarmee op het eerste gezicht in contrast. Opgemerkt moet echter worden dat artikel 23 Sr alleen bandbreedtes weergeeft en verder geen betrekking heeft op straftoemeting. Dit neemt niet weg dat ook die bandbreedtes aandacht verdienen, mede in relatie tot het bestuursrecht.

Speciaal met het oog op de orderingsdelicten moet voorts het volgende worden opgemerkt. Vergeleken met het commune strafrecht (Wetboek van Strafrecht) heeft de handhaving van het orderingsrecht (WED) een instrumenteel karakter en zijn voor de straftoemeting in het algemeen (aanzienlijk) minder factoren relevant. Met het instrumentele karakter hangt verder samen dat burgers, behalve wanneer een overtreding van deze wetgeving

henzelf rechtstreeks aangaat, in de handhaving van de ordeningswetgeving doorgaans weinig geïnteresseerd zijn. Dit aspect brengt mee dat de overheid voor de handhaving van deze wetgeving op zichzelf is aangewezen en wat voorts kan meewegen bij het bepalen van de boetehoogte. In de literatuur is voorgesteld daarbij ook de pakkans te laten meetellen, maar tegen dit voorstel bestaan wezenlijke bezwaren. Dit ligt mogelijk anders voor high trust, high penalty-beleid (zie hieronder).

5.2.2 Bestuursrecht

Het bestuursrecht kent verschillende soorten boetestelsels. Er is altijd een wettelijk maximum (art. 5:46 lid 1 Awb). Gegeven dit maximum, zijn er stelsels met wettelijk gefixeerde boetes, stelsels met door beleidsregels gefixeerde boetes en open stelsels (alleen een wettelijk maximum). Daarnaast bestaan tal van tussenvormen. Een opvallende onderzoeksbevinding is dat de keuze voor het ene of het andere soort stelsel over het algemeen nauwelijks van een motivering is voorzien.

Omdat beleidsregels, behoudens bijzondere omstandigheden en onevenredige gevolgen, in acht genomen moeten worden (art. 4:84 Awb), verschilt een stelsel met door beleidsregels gefixeerde boetes op zichzelf niet sterk van een stelsel met wettelijk gefixeerde boetes. Wel moet worden bedacht dat beleidsregels over de boetehoogte in de huidige jurisprudentie, met het oog op de relevantie van alle omstandigheden van het geval, in plaats van als door het bestuursorgaan in acht te nemen beleidsregels veelal als *uitgangspunten* in de beoordeling worden betrokken. Dientengevolge kan het verschil tussen wettelijk gefixeerde en via beleidsregels gefixeerde boetes groter zijn dan wel wordt verondersteld. Dit geldt speciaal de beoordeling door de rechter. In de praktijk van het bestuur worden beleidsregels in het gros van de gevallen gewoon als in acht te nemen regels toegepast, zo blijkt uit de met medewerkers van bestuursorganen gehouden interviews.

Een ander verschil in stelsel betreft de vraag of sprake is van een discretionaire dan wel een gebonden bevoegdheid op het punt van het al dan niet opleggen van een bestuurlijke boete. Hoofdregel is de aanwezigheid van een discretionaire bevoegdheid (die doet denken aan het strafrechtelijke opportuniteitsbeginsel). Op het terrein van de sociale zekerheid, maar ook op dat van de Wav en de Arbeidstijdenwet, bestaan echter gebonden boetebevoegdheden. De uitzondering heeft de wetgever voor de AOW uitdrukkelijk gemotiveerd (in het kader van de Wet BMT), door te wijzen op de wenselijkheid van ‘lik-op-stuk-beleid’. Een expliciete motivering ontbreekt bij de Wav, maar aangenomen kan worden dat zulk beleid ook bij deze wet door de wetgever is voorgestaan: de gebonden bevoegdheid maakt hier duidelijk dat niet onder de onder bepaalde omstandigheden (mede in verband met het ruime werkgevers-

begrip) als erg hoog ervaren boetes uitgekomen kan worden door af te zien van gebruikmaking van de boetebevoegdheid.³

Naast de verscheidenheid in stelsels springen de verschillen in maximale boetehoogte in het oog. Tot op zekere hoogte geldt hier hetzelfde als bij de keuze voor de vormgeving van boetestelsels: ook die boetehoogte wordt veelal niet van een motivering voorzien. Zo al sprake is van expliciete aandacht voor de boetehoogte, dan heeft de motivering van de boetehoogte vaak een ad hoc-karakter. In dit verband is ook het hierboven, bij de orderingsdelicten, vermelde high trust-beleid van betekenis zoals dit in de context van onder meer de Telecommunicatiewet wordt gevoerd: de inzet van minder nalevingsmiddelen wordt gecompenseerd door een extra hoge boete in geval van een vastgestelde overtreding.

Een laatste algemene bevinding op het terrein van het bestuursrecht is dat op dit terrein, in tegenstelling tot het strafrecht (zie art. 23 lid 9 Sr), een indexerings van de boetehoogte vrijwel altijd ontbreekt. Een belangrijke uitzondering vormt het belastingrecht, waar vrij recent in een indexeringsmogelijkheid is voorzien.

5.3 De belangrijkste factoren (deelvragen i, ii en iii)

Deelvraag i:

Welke factoren zijn op het terrein van het strafrecht, meer in het bijzonder het orderingsstrafrecht, van invloed op de hoogte van boetes en de vormgeving van het boetestelsel?

In § 2.6.1 is een samenvattend overzicht gegeven van alle in het Wetboek van Strafrecht, het OM-beleid (Polaris-richtlijnen en andere OM-beleidsregels of -aanwijzingen) en het rechterlijk beleid (oriëntatiepunten straftoemeting en de Databank Consistente Straftoemeting) aangetroffen of daaruit – eventueel met behulp van toelichtende documenten – afgeleide factoren die van invloed zijn op de boetehoogte en de vormgeving van het boetestelsel. Het gaat om enkele tientallen factoren, variërend van subjectieve factoren (opzet, schuld), mate van verwijtbaarheid, de persoon van de dader, de persoon van het slachtoffer, (proces)houding van de verdachte, het aandeel van betrokkene in het delict tot en met factoren als het kostenaspect en compensatie voor vormverzuimen. Vervolgens is in § 2.6.2 en § 2.6.3 meer specifiek gekeken naar de factoren die op het terrein van de orderingswetgeving van bijzondere betekenis zijn.

Dit heeft geresulteerd in een vijftal ‘primaire’ factoren:⁴

- De aard en de ernst van het delict.

3 Het onderscheid tussen discretionaire en gebonden bevoegdheden kan in die zin worden gerelativeerd, dat het bestuursorgaan eigenlijk altijd in het kader van het verrichten van controles op de wetsnaleving, dus in het stadium voorafgaand aan gebruikmaking van de boetebevoegdheid, vrijheid heeft.

4 De Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel noemt grotendeels dezelfde factoren.

- De persoon van de dader.
- Het profijt.
- Recidive.
- Herstel van de gevolgen.

Deelvraag ii:

Welke factoren zijn op het terrein van het bestuursrecht van invloed op de hoogte van boetes en de vormgeving van het boetestelsel?

Ten behoeve van de reconstructie in de hoofdstukken 3 en 4 van de factoren die van invloed zijn op de boetehoogte en de vormgeving van boetestelsels in het bestuursrecht, is een aantal (op spreiding over de totale populatie geselecteerde) boetestelsels beschreven en geanalyseerd. Daarbij kon gebruik worden gemaakt van bevindingen uit het strafrechtelijke onderzoeksdeel (hoofdstuk 2), onder meer op het punt van de soorten rechtsgoederen. Het bestuursrechtelijke onderzoeksdeel kent evenwel een andere opzet. Een belangrijke reden daarvoor is dat op het terrein van het bestuursrecht meer departementen (met hun eigen wetgevingsbeleid en tradities en eigen bestuursorganen) rechtstreeks betrokken zijn dan in het strafrecht. Hiermee hangt nauw samen dat het bestuursrecht, anders dan het strafrecht, vertrouwd is met verschillende boetestelsels. Zo is het strafrecht, anders dan het bestuursrecht, onbekend met het stelsel van wettelijk gefixeerde boetes.

Gelet op deze variatie aan boetestelsels is een twaalfstal – op spreiding geselecteerde (zie § 1.3.3) – bestuurlijke boetestelsels grondig bestudeerd, waarbij structuur van het boetestelsel en parlementaire geschiedenis de voornaamste onderzoeksgegevens vormden. Met deze data is een globaal beeld gereconstrueerd van de rationaliteit van de geselecteerde boetestelsels en de factoren die van invloed zijn op de boetehoogte.

Dit levert een aantal (categorieën) factoren op die steeds van invloed zijn op de boetehoogte (zie § 3.11.2):

- De aard van de overtreding, ofwel het betrokken rechtsgoed.
- De aard van de persoon van de overtreder
- Behaald profijt, herstel van de gevolgen en samenhang met andere sanctiemogelijkheden.
- Recidive.

Deelvraag iii:

Hoe verhouden de achterhaalde strafrechtelijke factoren en bestuursrechtelijke factoren zich tot elkaar?

Meteen valt op hoe zeer de factoren op het terrein van de strafrechtelijke ordeningswetgeving en die op het terrein van het bestuursrecht met elkaar overeenkomen. Het antwoord op deelvraag iii luidt dus kort en goed dat het op beide terreinen in wezen om precies dezelfde factoren gaat. Op zich zelf is dit geen verrassende uitkomst. Immers, het gaat om algemene factoren, dat wil zeggen

factoren waarvan op voorhand duidelijk is dat zij vanwege de dominante evenredigheidseis in beginsel voor alle boetezaken relevant zijn. Dit neemt niet weg dat er verschillen in accentuering en uitwerking zijn. Hieronder komen de voor beide rechtsgebieden belangrijkste factoren nader aan de orde, waarbij de – iets eenvoudiger – ordening en clustering op het bestuursrechtelijke terrein als uitgangspunt wordt genomen. Dit wil zeggen dat de factor profijt en de factor herstel van gevolgen in een cluster worden geplaatst en dat de factor recidive als laatste wordt behandeld. Aansluitend volgen enkele opmerkingen speciaal over de vormgeving van het boetestelsel.

5.4 Uitwerking factoren (vervolg deelvraag iii); vormgeving

5.4.1 De aard van de overtreding, ofwel het betrokken rechtsgoed

Deze factor ziet in het strafrecht op een aantal nadere factoren, zoals het gewicht dat aan het aangetaste (of bedreigde) rechtsgoed wordt toegekend en de aard en de ernst van de gevolgen voor de specifieke gedupeerde(n) dan wel voor de samenleving als geheel. Andere nadere factoren zijn de wijze van uitvoering van het delict en de omstandigheden waaronder het delict heeft plaatsgevonden, alsmede andere delictspecifieke factoren, zoals bijvoorbeeld het georganiseerde verband. Laatstgenoemde nadere factoren hebben een sterk casuïstisch karakter (de omstandigheden van het geval zijn steeds bepalend) en lenen zich daarom niet voor een algemene uitwerking. Dat ligt anders voor het rechtsgoed en de gevolgen van een delict voor de samenleving of een individuele benadeelde.

Reeds bij de inventarisatie van relevante factoren in het kader van het commune strafrecht blijkt keer op keer hoe belangrijk het betrokken rechtsgoed en de daarmee samenhangende gevolgen van een delict voor samenleving en/of individu zijn. Weliswaar lopen de rechtsgoederen die het strafrecht beoogt te beschermen sterk uiteen, maar een basale clustering bleek wel degelijk mogelijk. Zo is in § 2.2.3.1.3 onderscheiden tussen collectieve en individuele belangen. Binnen de categorie collectieve belangen is nader onderscheiden tussen strafbepalingen ter bescherming van de democratische rechtsorde en die ter bescherming van de algemene veiligheid en integriteit. Binnen de categorie individuele belangen is nader onderscheiden tussen strafbepalingen ter bescherming van de vrijheid en integriteit van de persoon en die ter bescherming van de eigendom. In § 2.6.3 is toegelicht dat de strafrechtelijke ordeningswetgeving geen betrekking heeft op rechtsgoederen die rechtstreeks te maken hebben met de democratische rechtsorde, maar wel op algemene veiligheids- en integriteitsbelangen en beide soorten individuele belangen.

Voor de bestuurlijke boete geldt hetzelfde. De rechtsgoederen die bij bestuurlijke boetes in geding zijn, betreffen eveneens steeds algemene belangen van algemene veiligheid en integriteit, zoals de bescherming van een adequaat functionerende markt of van de volksgezondheid. Het belang van de democratische rechtsorde wordt niet via bestuurlijke boetes beschermd. Duidelijk aan de orde is wel de bescherming van de vrijheid en integriteit van de persoon. Denk bijvoorbeeld aan door boetes te handhaven voorschriften ter bescherming van de gezondheid van werknemers of patiënten. Het individuele eigenomsbelang speelt bij bestuurlijke boetes eveneens een rol. Te denken valt aan de bescherming van bedrijfswinst via de bescherming van een adequaat functionerende markt of aan (in boetes verdisconteerde) voordeelsontneming.

Opvallend hoog zijn de bestuurlijke boetes waar het gaat om de bescherming van de werking van de vrije markt. Boetes van € 450.000 of meer (omzet-gerelateerd) zijn hier mogelijk. Daarbij is het Europees recht van invloed, dat immers sterk is gericht op de bescherming van de werking van de vrije markt. Maar evenzeer zijn in dit kader de aard van de overtreder (zeer draagkrachtige rechtspersonen) en het met de overtreding behaalde of te behalen voordeel van belang.

In het kader van de totstandkoming van strafbepalingen of boeteregelingen wordt door de wetgever doorgaans aan een publiek belang of rechtsgoed gerefereerd. Echter, meestal gebeurt dat slechts summier. Het desbetreffende belang is doorgaans ook evident. In veel gevallen kan naast een algemeen belang (primair) een meer individueel belang (secundair) worden onderscheiden. De wetgever pleegt aan een dergelijk belang hooguit zijdelings uitdrukkelijk aandacht te schenken. Hetzelfde geldt voor het aan het (de) betrokken belang(en) toe te kennen gewicht.

Opmerkelijk is dat bij een vergelijking op het terrein van de bestuurlijke boete van de wettelijke maxima en de basisbedragen in het boetebeleid sprake is van een omgekeerde verhouding: waar het gaat om de bescherming van individuele vrijheid en integriteit zijn de wettelijke maxima hoger dan waar het gaat om de bescherming van collectieve vrijheid en integriteit, terwijl dit bij de basisbedragen in het boetebeleid precies andersom is. Dit kan worden geduid als een verschil in rationaliteit tussen wetgever en bestuursorgaan (politiek en symboliek, mogelijk vooral gericht op de zwaarste gevallen, versus praktijk en realiteit, meer gericht op doorsneegevallen; zie verder § 4.6)

Conclusie is dat in het strafrechtelijk ordeningsrecht en het bestuursrecht dezelfde soorten belangen (rechtsgoederen) betrokken zijn, met name de collectieve belangen van algemene veiligheid en integriteit, en dat deze op beide rechtsgebieden van grote betekenis zijn voor de boetehoogte. Er zijn geen aanwijzingen dat de onderhavige factor (aard overtreding / betrokken rechtsgoed) op zich zelf tot divergentie tussen beide rechtsgebieden leidt. In combinatie met andere factoren (aard overtreder, voordeel van de overtreding) ontstaat een ander beeld.

5.4.2 De aard van de overtreder

Het gaat hier om het onderscheid tussen natuurlijk- en rechtspersoon, respectievelijk tussen privé en bedrijfsmatig functioneren. Voor het strafrecht zijn hier de leden 7 en 8 van artikel 23 Sr van bijzondere betekenis. Lid 7 maakt het in geval van veroordeling van een rechtspersoon mogelijk een geldboete op te leggen tot ten hoogste het bedrag van de naast hogere categorie “indien de voor het feit bepaalde boetecategorie geen passende bestraffing toelaat”. Lid 8 zegt dat dit “in geval van veroordeling van een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, maatschap, rederij of doelvermogen” van overeenkomstige toepassing is.

Op het terrein van het bestuursrecht maakt de wetgever, waar dat praktisch relevant is (dus bijvoorbeeld niet waar het gaat om sociale uitkeringen), het onderscheid tussen natuurlijk en rechtspersoon, respectievelijk tussen privé en bedrijfsmatig functioneren expliciet. Overtredingen die worden begaan door natuurlijke personen worden in bestuurlijke boetestelsels (wet en beleid) met een maximale boete van € 4.000 gehandhaafd. Boetes voor rechtspersonen kunnen € 450.000 of meer bedragen, waarbij het genoten voordeel van invloed is.

Binnen de groep rechtspersonen (bedrijven) wordt in het bestuursrecht veelal onderscheiden tussen kleinere en grotere organisaties. Daartoe worden verschillende criteria gebruikt: in sommige gevallen het aantal werknemers (indeling met name ontleend aan de Wet op de ondernemingsraden), in andere gevallen de omzet. In beginsel is hiermee het aspect van de draagkracht verdisconteerd.

Conclusie is dat weliswaar op beide rechtsgebieden de aard van (de persoon van) de overtreder relevant is, maar dat op het punt van de boetehoogte verschillend wordt omgegaan met rechtspersonen en bedrijven: het bestuursrecht kent voor deze categorie overtreders de mogelijkheid van (aanzienlijk) hogere boetes dan het strafrecht.

5.4.3 Behaald profijt, herstel van gevolgen en samenhang met andere sanctiemogelijkheden

In het strafrecht pleegt de factor herstel van de gevolgen tot ‘korting’ op de strafmaat te leiden (ook kan deze factor o.a. tot sepot leiden). Het beeld is voor de factor behaald profijt minder duidelijk, omdat deze factor ook via andere factoren kan doorwerken (zoals m.n. de ernst van de overtreding). Waar dat niet het geval is, kan profijt voor de dader als een strafverzwarende omstandigheid worden beschouwd.

In sommige bestuursrechtelijke stelsels wordt het met de overtreding behaalde voordeel verdisconteerd in de hoogte van de boete, in andere gevallen niet. Bij deze laatste gevallen speelt een rol dat naast de boetebevoegdheid een

herstel- of ontnemingsbevoegdheid aanwezig is. Hiermee is gezegd dat het al dan niet aanwezig zijn van een herstel- of voordeelsontnemingsbevoegdheid van invloed is op de boetehoogte. In een beperkt – maar toenemend – aantal stelsels is er ook een relatie met de toezichtsintensiteit. Waar het bestuur erop vertrouwt dat de betrokken normadressaten het recht naleven (waarvoor de normadressaten eventueel een convenant met het bestuur sluiten), en het bestuur daarom minder vaak dan gebruikelijk zijn controlebevoegdheden toepast (denk aan de mogelijkheid van een ‘toezichtsvakantie’), is het beleid dat in geval van schending van het vertrouwen een extra hoge boete wordt opgelegd.

Conclusie is dat op beide rechtsgebieden op verschillende wijze met (deelaspecten van) de onderhavige factor wordt omgegaan. Daarbij zijn de verschillen binnen het bestuursrecht minstens zo opvallend als die ten opzichte van het strafrecht. Voor het bestuursrecht is van groot belang of er sprake is van een bevoegdheid – of zelfs verplichting – tot terugvordering van hetgeen ten onrechte was toegekend (niet door een derde, maar door het bestuur zelf).

5.4.4 Recidive

In het strafrecht is recidive in algemene zin geregeld in de artikelen 43a (soortgelijk misdrijf binnen vijf jaar: verhoging met een derde) en 43b Sr (over wat soortgelijke misdrijven zijn). Daarnaast kent het Wetboek van Strafrecht meerdere specifieke voorschriften die aan recidive strafverzwaring verbinden. Daarnaast komt op beleidsniveau tot uitdrukking dat recidive een strafverzwarende factor is.

Recidive is eveneens in vrijwel alle bestuursrechtelijke boeteregelingen, op het niveau van de wet of dat van het beleid, een factor die de boetehoogte mede bepaalt. Aangetekend wordt dat recidive weliswaar in alle boetestelsels relevant is, maar dat er op verschillende wijze met recidive wordt omgegaan. De aan een eerste of herhaalde recidive te verbinden consequentie is met andere woorden niet eenduidig. Zo komt het onder meer voor dat in geval van een eerste overtreding met een waarschuwing wordt volstaan, of dat recidive resulteert in een verhoging met 50% dan wel 100%.

Recidive of herhaalde recidive is voorts relevant voor de vraag of in plaats van de bestuursrechtelijke weg de strafrechtelijke weg gevolgd dient te worden. Ook in dit opzicht is de betekenis van recidive niet eenduidig. Hierbij verdient aandacht dat de maximale boetes in het strafrecht vaak lager zijn dan in het bestuursrecht. Daar staat tegenover dat in het strafrecht andere sancties dan geldboetes mogelijk zijn (zoals vrijheidsstraf).

Conclusie is dat in beide rechtsgebieden ook op verschillende wijze met recidive als boeteverhogende factor wordt omgaan. De betekenis van (herhaalde) recidive voor de keuze tussen de bestuursrechtelijke of strafrechtelijke weg loopt uiteen.

5.4.5 Vormgeving boetestelsel

Hoewel daarbinnen veel variatie bestaat, waarbij onder meer moet worden gedacht aan belangrijke verschillen tussen het commune en het ordeningsstrafrecht, kan het strafrecht als een stelsel worden beschouwd. Op wettelijk niveau moet hierbij worden gewezen op de algemene betekenis van het Wetboek van Strafrecht. Naast vele andere bepalingen kan worden gewezen op artikel 23 Sr, dat in het vierde lid een zestal categorieën met maximale boetebedragen en in het negende lid een algemene indexeringsregeling kent. Verder moet worden vermeld dat de betekenis en systematiek van de OM-beleidsregels, met inbegrip van de sterke gebondenheid van het OM aan deze regels, over de hele linie van het strafrecht dezelfde is (zie o.a. de artt. 127, 128 en 129, alsmede art. 130 Wet RO). Opvallend is verder dat het strafrecht, naast een uitwerking van voor de boetehoogte relevante factoren in de wet, een verfijnde uitwerking van dergelijke factoren op beleidsniveau kent.

Voor het bestuursrechtelijke boeterecht is dit duidelijk anders. Weliswaar zijn er enkele algemene bepalingen in de Awb neergelegd, maar voor het overige is de vormgeving van de bestuursrechtelijke boetestelsels in de diverse bijzondere wetten zeer uiteenlopend. Niet alleen komen stelsels met wettelijk gefixeerde boetes, stelsels met via beleidsregels gefixeerde boetes en open stelsels voor. Ook en vooral is sprake van allerlei mengvormen. In het algemeen worden de keuzes op het punt van de vormgeving door wetgever en beleidsmaker niet duidelijk gemotiveerd. Op basis van de vergelijkende analyse lopen drie verklarende factoren in het oog, namelijk het aantal bestuurlijke boetes, het ministerie dat de betrokken boeteregeling heeft ontworpen en de mate waarin de overtreding voorspelbaar is; dit laatste betreft de eenvoud van de vaststelling van de overtreding (duidelijkheid van de delictsomschrijving en kenbaarheid van de overtreder).

Van de nader in het onderzoek betrokken wetten is bij de Wahv en de Tabakswet sprake van door middel van wetgeving gefixeerde boetes. De Wahv-zaken zijn niet alleen zeer talrijk, bovendien is sprake van eenduidige feiten waarbij bijzondere omstandigheden zoals de mate van verwijtbaarheid plegen te ontbreken. Dit laatste gaat slechts ten dele op voor de Tabakswet-zaken.

Feitcodering biedt de meeste fixatie, maar is slechts op enkele terreinen bruikbaar. De aandacht trekt dat de systematiek van bandbreedtes minder fixatie lijkt te betekenen dan een stelsel waarin wordt gewerkt met een basisbedrag in combinatie met boeteverhogende en -verlagende factoren. Bij nader inzien is dit niet zonder meer het geval. Zoals uit het onderzoek blijkt, wordt in het kader van het bandbreedte-model namelijk beleidsmatig soms de keuze gemaakt voor een basisbedrag dat zich in het midden van de uiterste bedragen bevindt. Wanneer daarnaast wordt gewerkt met boeteverhogende en -verlagende factoren, is er in de desbetreffende stelsels geen verschil tussen beide vormen van straftoemeting.

Overigens moet nog geconstateerd worden dat discretionaire boetebevoegdheden hoofdregel en gebonden boetebevoegdheden uitzondering zijn; van de nader in het onderzoek betrokken wetten kennen alleen de AOW, de Wav en de Arbeidstijdenwet gebonden boetebevoegdheden. De Wav-verplichting houdt verband met het grote belang dat de wetgever aan het betrokken rechtsgoed hecht. Bij de verplichting in het kader van de AOW (en andere socialezekerheidswetten) is de verscherping in handhaving relevant. Aannemelijk is dat de afhankelijkheid van de uitvoeringsinstantie van de informatieverstrekking door de burger hier eveneens een rol speelt; ook kan de relatie tot (verplichte) terugvordering van betekenis zijn.

Belangrijk is tot slot de bevinding dat, uitzonderingen daargelaten (belastingrecht), de wettelijke boetebedragen niet zijn geïndexeerd.

Conclusie is dat er op het punt van de vormgeving tussen beide rechtsgebieden overeenkomsten bestaan, waarbij onder meer valt te denken aan de grote rol van (niet-vrijblijvende) normering op het niveau van het OM respectievelijk het bestuur, maar dat er ook opvallende verschillen zijn waar te nemen. Het meest opvallend is wel de aanwezigheid binnen het bestuursrecht van sterk verschillende stelsels.

5.5 Aanbevelingen (deelvraag iv)

5.5.1 Vooraf

Deelvraag iv luidt: *Op welke wijze kan meer eenheid in de boetesystematiek worden gebracht?* Deze vraag wordt beantwoord in de vorm van een aantal aanbevelingen. In het belang van meer eenheid in de boetesystematiek worden eerst aanbevelingen geformuleerd speciaal voor het strafrecht respectievelijk het bestraffende bestuursrecht. Daarna volgt een nadere beschouwing van enkele algemene overeenkomsten en verschillen tussen beide rechtsgebieden. Tegen die achtergrond sluit dit hoofdstuk af met aanbevelingen voor beide rechtsgebieden gezamenlijk.

De vorige paragrafen zijn rechtstreeks gebaseerd op de onderzoeksbevindingen. Deze bevindingen zelf leiden niet dwingend tot een bepaalde vormgeving van boetestelsels en tot een bepaalde boetehoogte met daarvan dwingend af te leiden nadere bedragen. Anderzijds nodigen zij wel nadrukkelijk uit tot een poging in de vorm van aanbevelingen om te komen tot meer eenheid. In het belang van deze eenheid geeft het onderstaande wenselijkheden, aandachtspunten en oplossingsrichtingen voor achtereenvolgens de vormgeving van het boetestelsel en de boetehoogte.

5.5.2 Aanbevelingen op het terrein van het strafrecht

5.5.2.1 Wenselijkheid van meer flexibiliteit op het punt van de boetehoogte

In het voorgaande is in kaart gebracht welke factoren van invloed zijn op straf-toemeting. Aandacht verdient dat de huidige vormgeving van het strafrechtelijk sanctiestelsel op het niveau van de wet eraan in de weg kan staan dat de straftoemeting in een aantal gevallen daadwerkelijk in voldoende mate met deze factoren rekening houdt.

Dat komt door de wettelijke maximering van geldboetes via gefixeerde bedragen. Uit artikel 23 lid 3 Sr volgt dat de maximale geldboete die voor een bepaald feit kan worden opgelegd, gelijk is aan het bedrag van de categorie die voor dat feit is bepaald. In het vierde lid worden zes categorieën met bijbehorende bedragen onderscheiden. Dat bedrag wordt op grond van het negende lid regelmatig bij AMvB aangepast aan de ontwikkeling van de consumenten-prijsindex, maar dat doet aan het gefixeerde karakter van deze strafmaxima niet af. De wet omschrijft enkele gevallen waarin een hogere geldboete kan worden opgelegd dan het maximum van de categorie die voor het betreffende feit is bepaald. Het eerste geval betreft de situatie waarin de veroordeelde een rechtspersoon is, indien de voor het feit bepaalde boetecategorie geen passende bestraffing toelaat (art. 23 lid 7 Sr). Het tweede geval betreft de situatie waarin de waarde der goederen, waarmede of met betrekking tot welke het economisch delict is begaan, of die geheel of gedeeltelijk door het economisch delict zijn verkregen, hoger is dan het vierde gedeelte van het maximum der geldboete die voor het feit is bepaald (art. 6 lid 1 WED). Voor die gevallen omschrijft de wet echter geen flexibel boetemaximum; bepaald is dat een geldboete van de naast hogere categorie kan worden opgelegd. Slechts in enkele zeer bijzondere gevallen kent de strafwet een flexibel strafmaximum. Artikel 69 lid 1 Awr bepaalt dat in de daar omschreven gevallen een ‘geldboete van de vierde categorie of, indien dit bedrag hoger is, ten hoogste eenmaal het bedrag van de te weinig geheven belasting’ kan worden opgelegd. Artikel 69 lid 2 Awr kent een vergelijkbare formulering en maakt in een bijzonder geval zelfs een geldboete tot ‘ten hoogste driemaal het bedrag van de te weinig geheven belasting’ mogelijk.

De geldboete is niet de enige vermogenssanctie die aan de veroordeelde kan worden opgelegd. Ook ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel behoort onder omstandigheden tot de mogelijkheden (art. 36e Sr). In veel gevallen zal, met een combinatie van beide vermogenssancties, een straf kunnen worden opgelegd die recht doet aan de straftoemetingsfactoren die in het voorgaande zijn onderkend. Er zijn echter gevallen denkbaar waarin vooral het gefixeerde karakter van de boetemaxima knelt. Bij zeer lucratieve feiten kunnen de maximale boetes die op grond van de toepasselijke boetecategorie kunnen worden opgelegd, in het niet vallen tegen door het plegen van het feit

te behalen winsten. Een combinatie van boete en voordeelsontneming kan dan uit oogpunt van speciale en generale preventie te kort schieten.

Het bestuursrecht biedt, doordat het wettelijke kader dat de oplegging van vermogenssancties regardeert per feit anders vormgegeven kan worden, mogelijkheden om aan de grote lucrativiteit van bepaalde feiten recht te doen. Een voorbeeld is te vinden in de Mededingingswet. Bij overtreding van het verbod van mededingingsafspraken en bij overtreding van het verbod op misbruik van een economische machtspositie kan een bestuurlijke boete worden opgelegd van ten hoogste € 450.000 of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming dan wel, indien de overtreding door een ondernemersvereniging is begaan, van de gezamenlijke omzet van de ondernemingen die van de vereniging deel uitmaken, in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking (art. 57 Mededingingswet). Ook bij andere beboetbare feiten is een dergelijk aan de omzet gekoppeld strafmaximum opgenomen (vgl. de artt. 69, 70a-76a Mededingingswet). Aldus is een kader gerealiseerd dat bij de onder deze wet ressorterende feiten reële boetes mogelijk maakt.

Naar het ons voorkomt, zal de strafwetgever, wil het strafrechtelijk sanctiestelsel aan alle met boetes te bestraffen feiten recht kunnen doen, bereid moeten zijn in ruimere mate uitzonderingen op de geldende gefixeerde strafmaxima te creëren. Een mogelijkheid kan bijvoorbeeld zijn dat bij economische delicten, net als vroeger, weer de mogelijkheid van een flexibel boetemaximum wordt geïntroduceerd. Aanvankelijk kon bij economische delicten namelijk een boete worden opgelegd die het viervoud bedroeg van de waarde der goederen, waarmede of met betrekking tot welke het economisch delict is begaan, of die geheel of gedeeltelijk door het economisch delict zijn verkregen. Dat is pas bij gelegenheid van de Wet vermogenssancties gewijzigd in een formulering die in deze situatie de stap naar de naast hogere categorie mogelijk maakte.⁵ Deze wijziging zou teruggedraaid kunnen worden. Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn dat in veel ruimere mate specifieke uitzonderingen op het algemeen geldende stelsel van geldboetemaxima aanvaard worden. De Awr kan in dat opzicht een voorbeeld zijn.

5.5.2.2 Wenselijkheid van normering van straftoemeting in lagere wetgeving

Het strafrechtelijk sanctiestelsel zou aldus op het niveau van de wet enigszins geflexibiliseerd kunnen worden. Daarnaast valt te overwegen een wettelijke basis te creëren voor normering van straftoemeting in lagere algemeen verbindende voorschriften.

Een dergelijke basis ontbreekt thans. De wet voorziet in algemene strafminima die zeer laag zijn (voor de geldboete is het algemeen geldende minimum € 3; art. 23 lid 2 Sr) en maxima die per delict bepaald zijn. Voor de geldboete is dat, behoudens de enkele uitzonderingen die in het voorgaande zijn aangestipt, het maximum van de voor het feit bepaalde boetecategorie. Hoe de rechter en

⁵ Vgl. B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint BV 1995, p. 168-169.

het OM in het concrete geval een tussen het algemene minimum en het specifieke maximum gelegen geldboete dienen vast te stellen, wordt door de wet niet nader genormeerd.

Een dergelijke normering is, zo bleek in hoofdstuk 2, wel te vinden in andere, niet-wettelijke regelgeving: beleidsregels en richtlijnen ('soft law'). Van belang zijn vooral de Polaris-richtlijnen en andere OM-beleidsregels. Daarnaast zijn door het LOVS landelijke oriëntatiepunten voor de straftoemeting geformuleerd. Voorts bestaan er binnen rechtbanken en gerechtshoven eigen oriëntatiepunten.

Bij afwezigheid van een nadere wettelijke normering kunnen deze beleidsregels en richtlijnen die in de kern berusten op zelfbinding zonder meer positief gewaardeerd worden. De consistentie in de straftoemeting, en daarmee een gelijke en rechtvaardige behandeling van burgers die in dezelfde positie verkeren, wordt erdoor vergroot. Het is echter de vraag of met (niet-wettelijke) normering op het niveau van beleidsregels en richtlijnen kan worden volstaan. Een belangrijk argument voor nadere wettelijke normering is het legaliteitsbeginsel en daarmee verbonden belangen als rechtszekerheid, rechtseenheid en democratische legitimatie van machtsuitoefening. Deze belangen zijn gediend met een nadere normering van straftoemeting in (op de wet berustende) lagere algemeen verbindende voorschriften.

Wat betreft de (democratische) legitimatie schiet zeker normering van straftoemeting door organen als het LOVS tekort. Maar ook rechtszekerheid en rechtseenheid zijn erbij gebaat dat normering van straftoemeting aan de hand van lagere algemeen verbindende voorschriften geschiedt. Een essentieel kenmerk van normering die op zelfbinding berust, is namelijk dat anderen daar niet aan gebonden zijn. Dat het OM op basis van eigen beleidsregels een eis formuleert, bindt de rechter niet bij het gebruik dat deze van zijn bestraffingsbevoegdheid maakt. De grondslag van zelfbinding van rechterlijke oriëntatiepunten is zelfs problematisch te noemen. In elk geval is duidelijk dat het LOVS geen bevoegdheid heeft om rechters te binden.⁶ Verdedigbaar is dat gerechten wel de bevoegdheid tot het vaststellen van rechtersregelingen toekomt.⁷ Maar ook als wordt aangenomen dat deze de bevoegdheid tot het normeren van straftoemeting omvat, zal duidelijk zijn dat rechtseenheid en (daarmee) rechtszekerheid op nationaal niveau langs deze weg niet optimaal bevorderd kunnen worden.

Bij dit alles springt in het oog dat OM-beleidsregels en rechterlijke oriëntatiepunten naast elkaar van toepassing kunnen zijn, met alle onduidelijkheden van dien. Ook deze onduidelijkheden zouden wellicht met lagere algemeen verbindende voorschriften over de straftoemeting kunnen worden ondervangen.

6 F. Vellinga-Schootstra, Strafrechtersrecht: rechtersregelingen in het strafproces, in: *Pet af, Liber amicorum D.H. de Jong*, red. B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk, Nijmegen: WLP 2007, p. 497.

7 F. Vellinga-Schootstra, Strafrechtersrecht: rechtersregelingen in het strafproces, in: *Pet af, Liber amicorum D.H. de Jong*, red. B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk, Nijmegen: WLP 2007, p. 497. Vgl. ook het NJV-preadvies van De Wijkerslooth 2007, p. 187.

De Wet OM-afdoening brengt mee dat de nadelen van de vigerende normering van straftoemeting extra pregnant zijn geworden. Kern van de wet is dat de bevoegdheid tot bestraffing niet enkel meer aan strafrechters is voorbehouden. Ook officieren van justitie kunnen onder omstandigheden straffen opleggen (in ‘strafbeschikkingen’). Zelfs opsporingsambtenaren en bestuursorganen kunnen, binnen veel striktere grenzen, straffen opleggen. Dat brengt in de eerste plaats mee dat normering van strafoplegging via zelfbinding veel lastiger te realiseren is. Niet alleen rechters, maar ook officieren van justitie, opsporingsambtenaren en bestuursorganen moeten door dezelfde normen gebonden worden. Maar van belang is ook dat de noodzaak van een adequate normering door de invoering van de Wet OM-afdoening groter is geworden. Ruime kaders voor straftoemeting zijn bij rechters en officieren van justitie, gelet op de waarborgen voor een adequate taakuitoefening die door opleidingseisen en benoemingsprocedure geboden worden, veel eerder aanvaardbaar dan bij opsporingsambtenaren en (ambtenaren van) bestuursorganen.

Tegelijk kan het verband tussen de invoering van de Wet OM-afdoening en de toegenomen noodzaak van een op de wet berustende normering van straftoemeting in lagere regelgeving ook een beperking van de wettelijke grondslag van die normering tot lichtere sancties rechtvaardigen. In het kader van dit onderzoek, dat ziet op het bevorderen van eenheid in de boetehoogte in het bestuursrecht en het strafrecht, volstaat de vaststelling dat een wettelijke grondslag kan worden gecreëerd voor een nadere normering van boetes in het strafrecht. Vrijheidsstraffen kunnen slechts door rechters worden opgelegd, en kunnen in dit kader in ieder geval buiten beeld blijven. En daarmee ook de discussie over nadere normering van de oplegging van vrijheidsstraffen door wettelijk gefixeerde minimumstraffen. Wellicht ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat die discussie ook een heel andere insteek heeft. Bij de discussie over minimumstraffen staat de vraag centraal of behoefte bestaat aan deze nadere normering. Dat er behoefte is aan een nadere normering van de oplegging van boetes in het strafrecht, binnen het wettelijk kader, blijkt al zonneklaar uit – vooral – bestaande OM-beleidsregels. Het gaat in de kern slechts om een betere verankering van bestaande regels. Nu de behoefte aan een vergelijkbare normering in straf- en bestuursrecht vooral op het terrein van het ordeningsrecht speelt, valt het ons inziens te overwegen de wettelijke grondslag daarvoor in de WED op te nemen.

5.5.2.3 Samenvattend:

Sr en AMvB

- In het belang van wenselijke flexibilisering verdient het aanbeveling de categorisering van artikel 23 Sr aan te passen. Eventueel naast de mogelijkheid van het opleggen van een boete van de naast hogere categorie is de introductie van een flexibel boetemaximum aangewezen of zouden veel vaker specifieke uitzonderingen op de boetemaxima aanvaard moeten worden.

- Naar onze mening verdient het overweging nader te onderzoeken of de wet, bij voorkeur de WED, zou moeten voorzien in een wettelijke grondslag voor lagere regelgeving waarin (in ieder geval) het opleggen van geldboetes nader genormeerd kan worden.
- Een volgende stap zou zijn dat wordt gezien welke elementen van (vooral) Polaris-richtlijnen en (eventueel) rechterlijke oriëntatiepunten in een AMvB en (eventueel) daarop gebaseerde ministeriële regelingen neergelegd kunnen worden. Het streven hoeft daarbij niet te zijn, dat al het OM-en rechterlijk beleid inzake het opleggen van boetes in wetgeving wordt neergelegd. Er kan zich een nieuw evenwicht uitkristalliseren, waarbij zelfbinding een wezenlijke plaats behoudt.

5.5.3 Aanbevelingen op het terrein van het bestuursrecht

5.5.3.1 Aandachtspunten en oplossingsrichtingen boetehoogte

Enerzijds is in het bestuursrecht de verscheidenheid in boetehoogte groot, anderzijds is er eenheid in die zin, dat in het bestuurlijke boeterecht vier (categorieën) factoren van algemeen belang voor de boetehoogte blijken te zijn. In de afzonderlijke boeteregelingen (en in het kader van hun totstandkoming) wordt niet stelselmatig en op evenwichtige wijze aan alle vier deze factoren aandacht besteed. Keuzes blijven ten dele impliciet en hebben veelal een ad hoc karakter. Dit is met betrekking tot de boeteregelingen afzonderlijk onbevredigend, maar ook met het oog op het bestraffende bestuursrecht als geheel en in relatie tot het strafrecht. Op zich zelf kunnen er allerlei goede redenen bestaan voor het sterk uiteenlopen van regelingen op het punt van de boetehoogte. Wanneer deze echter onvoldoende kenbaar zijn en niet uitdrukkelijk in de afweging aan de orde zijn gekomen, moet geconstateerd worden dat sprake is van een gebrek aan transparantie en van twijfel over voldoende rechtseenheid. Kortom, naar onze mening is het wenselijk dat bij iedere boeteregeling afzonderlijk expliciete, beredeneerde keuzes met betrekking tot alle vier factoren worden gemaakt. Per factor zou daarbij het volgende betrokken moeten worden.

Hoewel deze factor ook op het beleidsniveau van betekenis is, dient de wetgever zich steeds uitdrukkelijk uit te spreken over het met de boeteregeling te beschermen belang (rechtsgoed) of belangen (rechtsgoederen), met inbegrip van een waardering ervan. Bepalingen op de overtreding waarvan een bestuurlijke boete is gesteld, strekken in het algemeen ter bescherming van de algemene veiligheid en integriteit. Het gaat meer specifiek bijvoorbeeld om verkeersveiligheid, arbeidsveiligheid, marktordening, integriteit financiële sector, et cetera. Op een abstract niveau kan ter bepaling van de ernst van de aantasting van deze rechtsgoederen worden onderscheiden tussen administratieve voorschriften (waarvan de schending het betrokken rechtsgoed als zodanig niet rechtstreeks aantast), dreigende aantasting en gerealiseerde aantasting.

In de context van de bestuurlijke boete wordt geen duidelijk onderscheid tussen beide laatste categorieën gemaakt, met dien verstande dat waar de veiligheid in het geding is in geval van gerealiseerde schade of letsel veelal naar het strafrecht wordt doorverwezen (verkeersveiligheid, arbeidsomstandigheden, voedselveiligheid).

Hiermee is gezegd dat binnen het raamwerk van de bestuurlijke boete wel zinvol een onderscheid is te maken tussen overtredingen van administratieve voorschriften (verhoudingsgewijs lage boete) en die van overige voorschriften (hogere boete). Bij deze laatste categorie kan een nader onderscheid worden aangebracht tussen bescherming van de markt (zeer hoge boete) en van andere rechtsgoederen (minder hoge boete). Dit heeft niet, althans niet alleen te maken met een verschil in waardering van rechtsgoederen, maar ook met onder meer de effectiviteit van de sanctieprikkel (en de aanwezigheid of juist afwezigheid van strafrechtelijke back up voor de zwaarste gevallen). Die effectiviteit raakt aan de volgende factor: de aard van de overtreder. Wat betreft de factor persoon van de overtreder dient onderscheid te worden gemaakt tussen natuurlijke en rechtspersonen. Bij de eerste groep dient te worden onderscheiden tussen natuurlijke personen in privé-hoedanigheid en natuurlijke personen die bedrijfsmatig optreden. De laatste groep overtreders (die van de rechtspersonen) dient nader te worden ingedeeld naar grootte. Waar draagkracht en effectiviteit een rol spelen, ligt een nadere indeling naar omzet of vermogen voor de hand (primair). Complicaties bij het vaststellen van omzet of vermogen – denk aan bewijsproblematiek en regels van fiscaliteit en accountancy die van invloed kunnen zijn – kunnen het aantal werknemers een adequatere maatstaf doen zijn. Belangrijk is dat de (nadere) indeling een afspiegeling is van de betrokken markt. Wetgever en beleidsmaker dienen gemotiveerd aan te geven waarom welk criterium wordt gekozen.

Sommige soorten (lichte) overtredingen worden standaard met een laag bedrag beboet. Te denken valt aan de Wahv-boetes. Daarbuiten staat aan de ene kant van het spectrum de natuurlijke persoon die een administratief voorschrift schendt. Waar verzuim van een inlichtingenplicht rechtstreeks als gevolg heeft gehad dat ten onrechte een uitkering is verstrekt – denk met name aan de sociale zekerheid, deels ook het belastingrecht – kennen de huidige stelsels veelal maximale boetes van € 2.296 - € 4.920. Aan de andere kant van het spectrum zit de grote rechtspersoon die de marktwerking frustreert (bijvoorbeeld mededingingsrecht); hier tendeert de maximale boete naar € 450.000 en hoger. Op de overige terreinen, bijvoorbeeld van de volksgezondheid, ligt de maximale boete ruwweg tussen € 4.500 en € 450.000 (waarbij het veel uitmaakt of de overtreder natuurlijke persoon in privé-hoedanigheid, natuurlijke persoon die bedrijfsmatig opereert dan wel een – naar grootte in te delen – rechtspersoon vormt). Deze algemene patronen laten onverlet dat wetgever en beleidsmaker niet of slechts in beperkte mate plegen te expliciteren waarom zij voor welke bedragen hebben gekozen en hoe deze zich tot die patronen verhouden. In een aantal wetten werd voor de hoogte van de bestuurlijke boete oorspronkelijk aangesloten bij de categorisering van artikel 23 lid 4 Sr. Overwogen zou kun-

nen worden die aansluiting te hernieuwen (in combinatie met een aanpassing van deze strafrechtelijke bepaling).

In verband met ontwikkelingen op het terrein van de handhaving richting meer systeemtoezicht zou de groep van administratieve voorschriften op de overtreding waarvan een bestuurlijke boete is gesteld kunnen toemen. Dit systeemtoezicht met de nadruk op de handhaving van secundaire (administratieve) normen zou vergezeld kunnen gaan van high trust-beleid. Dientengevolge zouden de desbetreffende bestuurlijke boetes juist relatief hoog moeten zijn. Dit ziet in het bijzonder op bedrijven, niet op natuurlijke personen (in privé).

Wat betreft de factor profijt behoort te worden uiteengezet of en hoe dit op de boetehoogte van invloed is. Daarbij dient uitdrukkelijk te worden gerefereerd aan eventuele bevoegdheden om verkregen voordeel te ontnemen (zoals een terugvorderingsbevoegdheid). In geval van samenloop van verschillende soorten discretionaire handhavingsbevoegdheden is op het punt van het hersteldeel afstemming nodig, die in het algemeen beter op beleidsdan op wetsniveau kan plaatsvinden (bij de combinatie van een gebonden herstel- en boetebevoegdheid is het afstemmingsprobleem in beginsel door de wetgever opgelost).

Hoewel de laatste factor, recidive, betrekkelijk eenduidig is, is het wenselijk dat uitdrukkelijk aandacht wordt besteed aan de boeteverhoging waartoe recidive leidt en aan de betekenis van (herhaalde) recidive voor de keuze voor het inslaan van de strafrechtelijke weg. Dit richt zich in het bijzonder tot de wetgever. De Awb schrijft in artikel 5:46 lid 1 dwingend voor dat de wet de ten hoogste op te leggen boete bepaalt. Onder andere met het oog op de mogelijkheid van recidive en de wens om in geval van recidive zwaarder te straffen, pleegt bij een eerste overtreding dit wettelijke maximum niet te worden opgelegd: in het algemeen is de boete voor een eerste overtreding beduidend lager dan die na recidive. Gezien het grote belang van de factor recidive menen wij dat het aanbeveling verdient in de Awb of anderszins, door middel van expliciete aansluiting bij een strafrechtelijke bepaling, een regeling te treffen met betrekking tot de invloed van recidive op de boetehoogte. Deze regeling zou zich ook moeten uitstrekken over soortgelijke overtredingen (vgl. art. 43a Sr). Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan achtereenvolgende schending van de inlichtingenplicht van verschillende wetten op het terrein van de sociale zekerheid. Een wettelijke regeling van recidive dient gepaard te gaan met een regeling inzake registratie van begane overtredingen.

In het bestuursrechtelijke onderzoeksdeel is niet ingegaan op bijzondere aansprakelijkheidsvormen zoals die van de functioneel pleger en de medepleger en de (van de rechtspersoon/overtreder) afgeleide aansprakelijkheid van leidinggevers (opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers). Dit vindt zijn oorzaak in het gegeven dat in het bestuursrecht deze aansprakelijkheidsvormen nog in ontwikkeling zijn (eerst bij gelegenheid van de vierde tranche van de Awb is art. 51 lid 2 en 3 Sr – in art. 5:1 lid 3 Awb – van overeenkomstige toe-

passing verklaard). Waar deze aansprakelijkheidsvormen van betekenis kunnen zijn, dient daaraan in het beleid aandacht te worden geschonken.

Ten slotte wordt de wetgever aanbevolen te zorgen voor een (algemene) indexatieregeling. Daartoe zou in de Awb een met artikel 23 lid 9 Sr vergelijkbare bepaling kunnen worden opgenomen. Er is echter ook hier een andere oplossingsrichting, namelijk de mogelijkheid dat voor de hoogte van de bestuurlijke boete expliciet bij artikel 23 Sr wordt aangesloten. Bij de te treffen indexeringsregeling vormt de grens van € 340 tussen gewone en verzwaarde boeteprocedures zoals neergelegd in artikel 5:53 Awb een bijzonder aandachtspunt.

5.5.3.2 Aandachtspunten en oplossingsrichtingen vormgeving boetestelsel

De aanbeveling tot meer en meer expliciete motivering slaat ook op de vormgeving van het boetestelsel. Een stelsel van volledige wettelijke fixatie is slechts bij hoge uitzondering mogelijk. Belangrijke indicatoren zijn de duidelijkheid van de delictsomschrijving en de kenbaarheid van de overtreder en de aantallen op te leggen boetes. Een volkomen open stelsel ligt alleen voor de hand waar op grond van de desbetreffende wet slechts een zeer klein aantal boetes wordt opgelegd. In het gros van de gevallen is een gedeeltelijke fixatie mogelijk, waarbij aandacht dient te worden besteed aan de vraag of fixatie in wetgeving of in beleidsregels moet plaatsvinden.

Wat betreft de mate van fixatie moet naar onze mening als uitgangspunt dienen: fixatie waar het kan. In geval van zeer grote aantallen boetes kan zelfs gelden: fixatie waar het moet. Dit laatste speelt bij Wahv-zaken, waar mede in verband met de enorme aantallen sancties tal van denkbare individuele omstandigheden op voorhand irrelevant worden geacht. Fixatie gaat altijd vergezeld van evenredigheidsvoorzieningen: artikel 5:46 lid 3 Awb in geval van wettelijke fixatie en onder meer artikel 4:84 Awb in geval van fixatie door middel van beleidsregels; daarnaast vormt afwezigheid van verwijtbaarheid of verminderde verwijtbaarheid een algemene achtervang ter voorkoming van onwenselijke beboeting (art. 5:41 Awb). Het uitgangspunt ‘fixatie waar het kan’ voert in de regel niet tot volledige fixatie. In lijn met hetgeen uit het onderzoek naar voren komt, is doorgaans een combinatie van fixatie en open normen aangewezen.

Er zijn verschillende gradaties van fixatie. Als opgemerkt, biedt feitcode-ring (vast bedrag per feit) de meeste fixatie, maar is zij slechts op enkele terreinen bruikbaar. Een minder verregaande vorm van fixatie is een stelsel waarin wordt gewerkt met een basisbedrag in combinatie met boeteverhogende en -verlagende factoren. Verder is er de systematiek van bandbreedtes, waarbinnen fixatie ontbreekt. Hierboven is geconstateerd dat het onderscheid tussen beide laatste stelsels relatief is, omdat het bandbreedte-model in het beleid en de praktijk wordt getransformeerd in een stelsel van basisbedrag vergezeld van boeteverhogende en -verlagende factoren. Deze transformatie onderstreept dat

in de praktijk behoefte aan standaardisatie bestaat. Zij wijst in de richting van een voorkeur voor laatstgenoemd stelsel.

In dit licht kan het Bos-Polaris-stelsel als oplossingsrichting dienen. Enerzijds kenmerkt dit stelsel zich door een hoge mate van standaardisatie; anderzijds zijn in dit stelsel allerlei factoren zodanig verdisconteerd, dat een evenredige sanctie in beginsel geborgd is. Hoewel wij dus een zekere voorkeur voor de Bos-Polaris-aanpak hebben, zouden wij, mede gezien de in het algemeen bevredigende uitkomsten van deze andere systemen en gelet op allerlei veranderingskosten, niet de stelling willen betrekken dat alle huidige systemen aan deze aanpak aangepast dienen te worden. Bij het ontwerp van een nieuw boetestelsel – en bij gelegenheid van een ingrijpende wijziging van een bestaand stelsel – kan die aanpak wel als richtsnoer dienen.

Voor de mate van fixatie is, naast de aantallen boetes, van belang of de desbetreffende overtredingen en andere (in verband met de evenredigheid) relevante factoren gemakkelijk zijn vast te stellen. Waar voor de boetehoogte het wegnemen van met de overtreding behaald profijt relevant is, moet worden herhaald dat de berekening van het profijt vaak een hele opgave is. Fixatie ligt dan niet in de rede (vergelijk bijvoorbeeld het mededingingsrecht). Dat ligt anders waar het bedrag van profijt respectievelijk benadeling los van het boetetraject al bekend is (zoals in de sfeer van uitkeringen, subsidies en, deels, belastingen).

Wat betreft de keuze voor het type regel ofwel het niveau waarop de (mogelijke) fixatie behoort plaats te vinden, moet naar onze mening als uitgangspunt dienen dat wettelijke voorschriften de voorkeur boven beleidsregels verdienen. Aan de ene kant van het spectrum staat de wet, die om redenen van democratie (parlementaire invloed) het meest aantrekkelijk is; aan de andere kant staat de beleidsregel, die qua zowel totstandkoming als inhoud het meest flexibel is. Het komt ons voor dat de figuur van een AMvB (met de mogelijkheid van een voorhangprocedure) een bruikbaar compromis vormt. De ministeriële regeling is uit een oogpunt van democratische legitimatie veelal even gebrekkig als ministeriële beleidsregels, terwijl de wet om redenen van een gebrek aan flexibiliteit (qua totstandkoming en dus ook wijziging) minder aantrekkelijk is. Verder is relevant dat wettelijke voorschriften in het algemeen beter geredigeerd zijn dan beleidsregels (zo zijn beleidsregels, in tegenstelling tot wettelijke voorschriften, niet altijd artikelsgewijs geredigeerd, maar kennen zij soms de – minder duidelijke – betoogvorm).

Bij de keuze is voorts relevant of er op hetzelfde beleidsterrein meerdere bestuursorganen met boetebevoegdheden zijn bekleed, zodat er meerdere beleidsregels (van uiteenlopende opzet) naast elkaar kunnen bestaan (vgl. art. 4:81 lid 1 Awb). Zo men eenheid op het betrokken beleidsterrein wenst (en voor die eenheid is veel te zeggen), ligt de keuze voor (bestuurs)wetgeving in plaats van voor (uiteenlopende) beleidsregelgeving afkomstig van verschillende bestuursorganen voor de hand. Hierbij zij aangetekend dat de divergentie op het niveau van de beleidsregels kan worden gepareerd door de op het betrokken terrein verantwoordelijke minister te bekleden met een bevoegdheid

tot het vaststellen van beleidsregels. In relatie tot zelfstandige bestuursorganen (zoals de SvB en het UWV) beschikt de minister reeds op grond van artikel 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen over deze bevoegdheid. In een bijzondere wet kan (om redenen van eenheid volgens ons: moet) deze bevoegdheid dan worden aangescherpt tot een verplichting tot het vaststellen van beleidsregels.

Terzijde verdient nog aandacht dat het in een aantal gevallen blijkt voor te komen dat de normering van boetebedragen is neergelegd in een bijlage bij de wet, waarbij is aangegeven dat de bijlage bij AMvB mag worden gewijzigd (zoals bij de Tabakswet het geval is). Dit laatste lijkt op gespannen voet te staan met artikel 81 Grondwet (zie ook Aanwijzing 223 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).

Recidive kan niet alleen bij de boetehoogte een rol spelen, maar ook bij de keuze tussen het bestuursrechtelijke en het strafrechtelijke traject, in die zin dat de regel geldt dat na (herhaalde) recidive de strafrechtelijke weg wordt ingeslagen. Naar onze mening hoeft deze overgang naar het strafrecht in geval van (herhaalde) recidive echter geen automatisme te zijn, omdat voor die overgang meer factoren relevant zijn.

In het kader van de vormgeving is het ten slotte wenselijk dat bewust wordt gekozen tussen discretionaire en gebonden boetebevoegdheden; met name de uitzondering – de keuze voor een gebonden bevoegdheid – dient expliciet te worden gemotiveerd. Hierbij verdient opmerking dat de attributie van een gebonden bevoegdheid deels een schijnoplossing is. Immers, het aan de (verplichte) boeteoplegging voorafgaande controletraject kenmerkt zich door veel vrijheid. Aan dit traject is keuzevrijheid voor het bestuur op het punt van prioriteitstelling inherent waarbij, naast (verschillen in) de ernst van overtredingen, beperkte capaciteit en risicoanalyse een rol spelen.

5.5.3.3 Samenvattend:

Awb

- Naar onze mening moet aan de Awb een voorschrift van regelend recht worden toegevoegd over de betekenis van recidive voor de boetehoogte. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de bepaling dat, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, recidive binnen twee jaar na het onherroepelijk worden van het eerdere boetebesluit leidt tot een boeteverhoging van 50%. Ook kan (voor de termijn en het percentage) worden aangesloten bij de regeling die in het strafrecht dominant is (vgl. art. 43a Sr). Daar pleit tegen dat deze regeling op misdrijven ziet en het strafrecht daarbuiten veel ad hoc-regelingen kent. In elk geval zou de voor bestuurlijke boetes te treffen recidiveregeling uitgebreid moeten worden tot soortgelijke overtredingen (vgl. art. 43b Sr). De recidiveregeling dient vergezeld te gaan van een verplichting tot registratie van begane overtredingen (tenzij bij wettelijk voorschrift van de Awb-bepaling van regelend recht wordt afgeweken).

- Naar onze mening moet in de Awb een regeling van de indexerings van de maximale boetebedragen worden opgenomen. Een regeling in de Awb is overbodig wanneer voor de boetebedragen aangeknoopt zou worden bij artikel 23 Sr en het derde lid van deze bepaling in het bestuursrecht dus van overeenkomstige toepassing zou zijn (zie onder).

Bijzondere wet; Aanwijzingen voor de regelgeving

- Een boetebevoegdheid dient naar onze opvatting discretionair van aard te zijn. De afwijkende keuze voor een gebonden boetebevoegdheid dient de wetgever daarom uitdrukkelijk te motiveren.
- Voor wat betreft de maximale boete als bedoeld in artikel 5:46 lid 1 Awb dient onder meer te worden onderscheiden tussen schending van administratieve voorschriften door natuurlijke personen, verstoring van de marktwerking door grote ondernemingen en overige overtredingen. Een (hernieuwde) aansluiting in de bijzondere wet bij de categorisering van – een aangepast – artikel 23 lid 4 Sr verdient naar onze mening overweging (zie onder).
- In de bijzondere wet zou tevens kunnen worden geregeld dat bij AMvB wordt bepaald dat voor de boetehoogte wordt gedifferentieerd naar grootte van de onderneming (daarbij zou in beginsel kunnen worden aangesloten bij de indeling van de Wet op de ondernemingsraden). In samenhang met het vorige punt zou ook hier aansluiting kunnen worden gezocht bij – een aangepast – artikel 23 Sr (zie onder).
- Overwogen zou kunnen worden om in de bijzondere wet een regeling te treffen voor (herhaalde) recidive en verwijzing naar het strafrecht.

Beleidsregels

- Waar voor high trust-beleid wordt gekozen, dient dit beleid in de vorm van beleidsregels te worden vastgesteld en bekendgemaakt.
- Waar (secundaire) aansprakelijkheid van leidinggevend van belang kan zijn (art. 5:1 lid 3 Awb jo. art. 51 lid 2 en 3 Sr), moeten beleidsregels worden gegeven over de hoogte van de boete voor leidinggevend en eventuele verwijzing naar het strafrecht.

5.5.4 Aanbevelingen voor de boetesystematiek als geheel

De vraag ‘*Op welke wijze kan meer eenheid in de boetesystematiek worden gebracht?*’ kan ook voor de boetesystematiek als geheel, dat wil zeggen voor het strafrecht en het bestraffende bestuursrecht in onderling verband, beantwoord worden. Daartoe worden allereerst enkele algemene vergelijkende opmerkingen gemaakt.

5.5.4.1 Strafrecht en bestuursrecht

Over de overeenkomsten en verschillen tussen straf- en bestuursrecht en over de vraag in welk soort gevallen voor welk handhavingssysteem gekozen dient te worden, is veel geschreven. Zie voor dit keuzevraagstuk vooral de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel, waarin is uitgesproken dat in geval van een open context strafrechtelijke, en in geval van een besloten context bestuursrechtelijke handhaving aangewezen is. Hoewel dit keuzevraagstuk daarin niet centraal staat, is het om ten minste twee redenen voor dit onderzoek van belang.

In de eerste plaats kan worden geconstateerd dat de hoogte van de op te leggen boete in het algemeen geen expliciet motief van de wetgever blijkt te zijn voor de keuze voor het ene of andere stelsel. Let wel: in het algemeen en expliciet; want er zijn belangrijke uitzonderingen, zoals bijvoorbeeld de handhaving van de wetgeving op het terrein van het financiële toezicht en van het mededingingsrecht, waar de wetgever – behalve vanwege de inactiviteit van het OM op dit rechtsgebied – om redenen van strafrechtelijke beperkingen op het punt van de boetehoogte uitdrukkelijk voor de bestuurlijke boete heeft gekozen. Het gaat bij dit laatste ten dele om situaties waar – in weerwil van de centrale criteria van de Kabinetsnota – voor de bestuurlijke boete is gekozen terwijl geen sprake is van een besloten context. Voorts kan het zijn dat de hoogte van de op te leggen boete impliciet tot een voorkeur voor de bestuurlijke boete leidt.

De tweede reden heeft te maken met het betrokken rechtsgoed. In geval van aantasting of bedreiging van bepaalde rechtsgoederen – rechtsgoederen waaraan extra gewicht wordt toegekend – wordt namelijk duidelijk de voorkeur gegeven aan strafrechtelijke handhaving. Te denken valt niet alleen aan collectieve belangen die rechtstreeks raken aan de democratische rechtsstaat (bijvoorbeeld een aanslag op de Koning), maar ook aan bepaalde individuele belangen. Dan gaat het bijvoorbeeld om letsel (aantasting persoonlijke integriteit) of beschadiging (aantasting eigendom). Zie bijvoorbeeld de verhouding tussen de Wahv en reguliere strafrechtelijke afdoening. Verderop wordt uitvoeriger ingegaan op het belang van de aard van de rechtsgoederen.

De oorspronkelijke uitgangspunten van het strafrecht en het bestuursrecht verschillen sterk van elkaar. In het strafrecht is het de rechter die ten volle beslist, terwijl de rechter in het bestuursrecht door bestuursorganen genomen besluiten toetst. In samenhang daarmee tracht de strafrechter (uit hoofde van de vereiste evenredigheid) maatwerk te leveren, terwijl de bestuursrechter meer gefocust is op het bewaken van gelijke behandeling, consistente beleidsvoering, et cetera.

Dientengevolge wordt er in het bestuursrecht veel waarde aan gehecht dat bestuursorganen hun besluiten, ook waar het gaat om beoordelings- en beleidsvrijheid, baseren op kenbare regels. Bestuursorganen zijn in beginsel aan dergelijke niet-wettelijke regels gebonden (vgl. art. 4:84 Awb). De gebondenheid van het OM aan OM-richtlijnen en -aanwijzingen komt met de bestuursrech-

telijke gebondenheid aan beleidsregels geheel overeen. De houding van de bestuursrechter respectievelijk de strafrechter ten opzichte van de hier bedoelde beleidsregels loopt echter uiteen. Dit komt omdat het bestuursrecht, anders dan het strafrecht, werkt met het model van besluitentoesing. Het bestuursrechtelijke model van besluitentoesing betekent voorts dat in het bestuursrecht, anders dan in het strafrecht, geen twee categorieën strafmaatbeslisregels naast elkaar zijn ontstaan (zoals bestuurlijke (OM) en strafrechterlijke strafmaatbeslisregels). Anders gezegd, in het bestuursrecht ontbreekt (goedgeels) een equivalent van de door de strafrechter gehanteerde oriëntatiepunten.

Een ander verschil is dat het strafrecht van oorsprong is gericht op natuurlijke personen (het straffen van – leed toevoegen aan – een organisatie werd als oneigenlijk gezien), terwijl in het bestuursrecht van oudsher de normadressaat centraal staat en in geval van een keuzemogelijkheid veelal de voorkeur uitging naar een handhavingsmaatregel jegens de organisatie die als rechtssubject is aangeduid.

Inmiddels moeten deze verschillen sterk worden gerelativeerd. De bestuursrechter laat zich in bestuurlijke boetezaken niet typeren als enkel een besluitentoeser. Net als de strafrechter, legt hij zich tegenwoordig toe op de omstandigheden van het geval, waarbij het belang van beleidsregels is verzacht doordat deze niet meer integraal plegen te worden getoetst, maar als uitgangspunten in de beoordeling worden betrokken. Bovendien is de bestuursrechter tegenwoordig, gelet op artikel 8:72a Awb, gehouden om in geval van vernietiging van een boetebeschikking zelf in de zaak te voorzien (vergelijkbaar met wat de strafrechter doet: eigenstandig beslissen). Wat betreft de keuze tussen beboeting van een organisatie dan wel van een natuurlijk persoon trekt de aandacht dat artikel 51 lid 2 en 3 Sr in artikel 5:1 lid 3 Awb van overeenkomstige toepassing is verklaard, en dat intussen in de praktijk van het bestuursrecht de mogelijkheid van beboeting van feitelijk leidinggevers en medeplegers in toenemende mate wordt onderzocht (in de praktijk geschiedt een dergelijke beboeting vooralsnog bij hoge uitzondering).

Ook in andere opzichten zijn verschillen tussen straf- en bestuursrecht kleiner geworden. Zo werd aanvankelijk als belangrijk verschil gepresenteerd dat strafrechtelijke sanctionering wel maar bestuursrechtelijke sanctionering niet stigmatiserend werkt. Thans moet dit in die zin worden gerelativeerd, dat op bepaalde bestuursrechtelijke terreinen ‘naming and shaming’ een onderdeel van de handhavingspraktijk vormt (publicatie van boetebesluiten ter voorlichting en waarschuwing van het publiek en als preventief – misschien ook repressief – instrument). Hierbij zij aangetekend dat het in aanraking komen met Justitie in het algemeen vervelender gevonden zal worden dan het in aanraking komen met een bestuursorgaan, ook al gaat het om een boete. In het laatste geval wordt wel gezegd dat men een geschil met het bestuur heeft. Wanneer men als verdachte in een strafproces is aangemerkt, ligt het minder voor de hand om te spreken van een geschil met de overheid. Een strafrechtelijke sanctie pleegt met andere woorden als een sterker maatschappelijk verwijt te worden ervaren dan een bestuurlijke sanctie.

Een ander aspect betreft de ‘boekhouding’ van boetebesluiten. Waar aanvankelijk werd gezegd dat in het bestuursrecht in tegenstelling tot het strafrecht geen strafblad bestaat, moet dit tegenwoordig in zoverre worden gerelativeerd dat op veel bestuursrechtelijke terreinen aantekening van opgelegde boetes – en andersoortige sancties – wordt gemaakt en dat nadrukkelijk recidivebeleid wordt gevoerd. In dit verband moet tevens worden gewezen op de Wet BI-BOB, waarbij bepaalde informatie als een bestuursrechtelijk strafblad kan uitwerken en waardoor stigmatisering ook in het bestuursrecht verder doordringt. Een laatste relativering is dat in sommige bestuursrechtelijke boetestelsels reformatio in peius mogelijk is (in lijn met het strafrecht, in afwijking van het algemene bestuursrecht).

Deze relativeringen laten onverlet dat juist op het punt van het centrale onderzoeksobject, de boetehoogte, een opvallend verschil tussen strafrecht en bestuursrecht aanwezig is. Op voorhand was bekend dat de bestuurlijke boete op sommige terreinen van het bestuursrecht aanzienlijk hoger is dan de boetes die in het strafrecht opgelegd kunnen worden. Bekend in dit kader zijn de boetes afkomstig van de NMa. De hoogte van deze boetes is geïnspireerd door het Europese mededingingsrecht. Het gaat om bedragen die aanzienlijk hoger liggen dan naar de huidige stand van zaken in het strafrecht opgelegd kunnen worden, waarmee meteen is verklaard waarom voor bestuurlijke beboeting in plaats van voor strafrechtelijke afdoening is gekozen.

Opmerkelijk is dat dit verschil tussen strafrecht en bestuursrecht niet incidenteel is. Weliswaar zou het kunnen zijn dat in de praktijk van het bestuursrecht boetes worden opgelegd die even hoog zijn als of zelfs lager zijn dan in het strafrecht gebruikelijk is, maar aanwijzingen dat dit in de praktijk inderdaad het geval is, ontbreken. Dat het verschil in boetehoogte zich ook voordoet waar het gaat om gelijksoortige (ordenings)delicten, laat zich verklaren door het gegeven dat bestuurlijke boetes ad hoc in bijzondere wetten worden geïntroduceerd, zodat zich minder systeemfactoren doen gelden dan in het strafrecht (denk ook aan art. 23 Sr). Een dergelijke verklaring impliceert nog geen rechtvaardiging voor het verschil. Argumenten van rechtseenheid pleiten er juist tegen. Deze argumenten klemmen te meer omdat, zoals hierboven uiteen werd gezet, het straf- en bestuursrecht sterk naar elkaar toegroeien. Er is naar ons idee dan ook veel voor te zeggen om meer eenheid in het ordeningsstrafrecht en het bestuursrecht als geheel na te streven.

5.5.4.2 Naar meer eenheid: wettelijke maatregelen

Na de voorgaande uiteenzettingen ligt een aantal onderwerpen die zich lenen voor nadere afstemming tussen het ordeningsstrafrecht en het bestuursrecht welhaast voor het grijpen. Voor wat betreft wettelijke maatregelen kan gedacht worden aan het volgende:

- Afstemming van de boetehoogte. De meest adequate manier is dat het bestuursrecht op dit punt aansluit bij de strafrechtelijke boetecategorieën van artikel 23 lid 4 Sr, met dien verstande dat deze boetecategorisering

wordt gewijzigd. Met dit laatste wordt bedoeld op flexibilisering, waardoor in het strafrecht met name in geval van (grote) bedrijven hogere – met bestuursrechtelijke boetes vergelijkbare – boetes kunnen worden opgelegd, en de verhoging niet beperkt behoeft te blijven tot het opleggen van een boete van de naasthogere categorie. Deze flexibilisering is in het kader van het strafrecht wenselijk, en zelfs noodzakelijk in het belang van meer eenheid in beide rechtsgebieden gezamenlijk.

- Bij wijze van richtsnoeren en voorbeelden valt in het licht van de onderzoeksbevindingen te denken aan de volgende aansluiting bij de (aangepaste) strafrechtelijke categorisering:
 - Mulderzaken: eerste categorie, € 380;
 - Schending administratief voorschrift door natuurlijk persoon: tweede categorie, € 3.800;
 - Schending administratief voorschrift door rechtspersoon: derde categorie, € 7.600 (niet nodig wanneer art. 23 (lid 9) Sr van overeenkomstige toepassing zou worden verklaard);
 - Veiligheid, gezondheid (arbeidsomstandigheden, geneesmiddelen, waren, tabak, etc.): vierde, € 19.000, of vijfde categorie, € 76.000;
 - Verstoring marktwerking (mededinging, etc.): zesde categorie, € 760.000, en hoger (afhankelijk van omzet en voordeel).
- De betekenis van recidive voor de hoogte van de boete. Afzonderlijke, maar overeenkomstige bepalingen in het strafrecht en het bestuursrecht dan wel een bepaling in de Awb waarin een strafrechtelijke regeling van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. In het laatste geval zou, uitgaande van artikel 43a Sr, de recidivetermijn van vijf jaar gelden en zou het om een verhoging met een derde gaan. Met het oog op bestuurlijke boetes en geldboetes in het kader van het strafrechtelijk ordeningsrecht zou ook gedacht kunnen worden aan een recidivetermijn van vijf jaar en een verhogingspercentage van 50% als hoofdregel.
- In elk geval zou de recidiveregeling zich ook in het bestuursrecht moeten uitstrekken over soortgelijke overtredingen. Dientengevolge zou het bestuursrecht moeten worden uitgebreid met een of meer voorschriften die aangeven wat onder soortgelijke overtredingen is te verstaan.
- Eventueel kan een regeling worden getroffen ter zake van de betekenis van (herhaalde) recidive voor de overgang van bestuursrecht naar strafrecht. Te regelen in het bestuursrecht (bijzondere wet).
- Indexering van de maximale boetebedragen. Afzonderlijke, maar overeenkomstige bepalingen in het strafrecht en het bestuursrecht dan wel een bepaling in de Awb waarin de strafrechtelijke bepaling (art. 23 lid 9 Sr) van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

5.5.4.3 Naar meer eenheid: het Integraal Afwegingskader

De meeste aanbevelingen richten zich primair tot de wetgever, maar dan vooral in termen van wetgevingsbeleid. Daarom zou overwogen kunnen worden die aanbevelingen te vertalen in voorschriften op te nemen in de (nieuwe) Aanwijzingen voor de regelgeving. Deze aanwijzingen zijn echter vrij algemeen en stellig van aard, terwijl het onderzoek vooral resulteert in enerzijds eenmalige wettelijke maatregelen en anderzijds een aantal concrete aandachtspunten (checklist). Wat betreft dit laatste lijkt ons het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK) meer geschikt. Aangesloten kan worden bij het Overzicht verplichte kwaliteitseisen IAK (Bijlage 1), punt 6, Eisen aan de keuze van sanctiestelsels (Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel). De checklist brengt mee dat stelselmatig aandacht besteed moeten worden aan: de aard van de overtreding, ofwel het betrokken rechtsgoed; de aard van de persoon van de overtreder; behaald profijt, herstel van gevolgen en samenhang met andere sanctiemogelijkheden; recidive. Aldus wordt, precies zoals het IAK beoogt, overzicht geboden, worden de goede vragen gesteld en wordt structuur verschaft.⁸ In een bijlage bij dit onderzoeksrapport is aangegeven hoe in de stijl van het IAK de checklist voor wettelijke regelingen van bestuurlijke boetes en strafrechtelijke geldboetes op het terrein van de ordeningswetgeving eruit zou kunnen zien.

Tot slot

Last but not least, zij benadrukt dat voor welke wettelijke boetehoogte en vormgeving ook gekozen wordt, de uitkomst van de afweging door de sanctietoepasser steeds een evenredige sanctie moet zijn.

⁸ *Kamerstukken II*, 2010/11, 29 515, nr. 330, p. 7-8.

Literatuur, parlementaire stukken en jurisprudentie

Literatuur

Abbink, H., 'Oriëntatiepunten straffoetmeting; een verkenning', *Trema Straffoetmetingsbulletin*, nr. 1, 2010, p. 2-5

Blieck, L.A. de, e.a. (red.), *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2009.

Blomberg, R.D., *Crash risk of alcohol involved driving: a case-control study*, Stanford: CT Dunlap & Associates, Inc. 2005.

Bröring, H.E., 'Rationele willekeur'. *Enkele opmerkingen over discretionaire boetebevoegdheden* (oratie Groningen, 14 juni 2005), <http://irs.ub.rug.nl/ppn/296307858>.

Bröring, H.E., H.K. Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Duker, M.J.A. *Legitieme straffoetmeting; een onderzoek naar de legitimiteit van de straffoetmeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Fokkens, J.W., M.J.A. Duker, 'Straffoetmeting als rechtsvinding' (Bewerkte versie van de lezing die J.W. Fokkens over dit onderwerp heeft gehouden op het Symposium Straffoetmeting te Amsterdam), *Trema Straffoetmetingsbulletin*, nr. 1, 2006, p. 1-5.

Franken, A.A., 'Een blijvend probleem: over straffoetmeting en consistentie', *Trema Straffoetmetingsbulletin*, nr. 2, 2005, p. 56-58.

Geeraets, V., *A Neutral Conception of Punishment; A Philosophical Analysis*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2011.

Greve, G., T.M. Buma, 'Straffoetmeting bij fraudedelicten. Een aanzet tot de formulering van de straffoetmetingsrichtlijn voor verticale fraude', *Trema Straffoetmetingsbulletin*, nr. 1, 2010, p. 6-10.

Gritter, E., G. Knigge en N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling. Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de economische delicten te herzien*, (WODC: Onderzoek en beleid, nr. 234), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Hartmann, A.R., *Bewijs in het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998.

Hullu, J. de, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009.

Kelk, C., *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2005.

Keulen, B.F., *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint BV 1995.

Lensing, J.A.W., 'Straftoemingsrichtlijnen in Engeland; iets over recente ontwikkelingen', *Trema Straftoemingsbulletin*, nr. 1, 2005, p. 12-16.

Lensing, J.A.W., 'Andrew Ashworth; Sentencing and Criminal Justice (4th edition)' (boekbespreking), *Trema Straftoemingsbulletin*, nr. 1, 2006, p. 8-11.

Rogier, L.J.J., 'Bestraffende sancties in de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Schmidt, A., 'De cirkel is rond: over instrumenten die helpen bij straftoemeting', *Trema straftoemingsbulletin*, nr. 2, 2005, p. 43-47.

Schoep, G.K., P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij de straftoemeting; een onderzoek naar de (potentiële) effectiviteit van de Databank Consistente Straftoemeting en de oriëntatiepunten voor de strafvordering*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2005.

Schuyt, P.M., *Verantwoorde straftoemeting*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

Smidt, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* (volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, et cetera), deel 2, Haarlem: Tjeenk Willink 1891.

Tan, P-N, M. Steinbach, V. Kumar, *Introduction to Data Mining*, Boston: Addison-Wesley Publishing 2005.

Tulder, F.P. van, B.J. Diephuis, 'Afgewogen straffen', *Trema Straftoemingsbulletin*, nr. 1, 2008, p. 21-27.

Tulder, F.P. van, B.J. Diephuis, 'Onderzoek 'Straftoemeting en informatie'', *Trema Straftoemingsbulletin*, nr. 1, 2009, p. 17-19.

Vellinga-Schootstra, F., 'Strafrechtersrecht: rechtersregelingen in het strafproces', in: *Pet af, Liber amicorum D.H. de Jong*, (red.) B.F. Keulen, G. Knigge, H.D. Wolswijk, Nijmegen: WLP 2007.

Waard, B.W.N. de, 'De matigende rechter', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Wingerden, S.G.C., P. Nieuwbeerta, 'Straftoemeting bij moordenaars. De invloed van dader-, slachtoffer- en delictskenmerken', *Trema Straftoemetingsbulletin*, nr. 1, 2010, p. 11-21.

Zeben, D.J. van, 'Irrationale ideeën rond de straftoemeting', *Trema Straftoemetingsbulletin*, nr. 2, 2010, p. 30-43.

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1947/48, 48 603, nr. 3.
Kamerstukken II 1987/88, 20 329, nr. 3.
Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48.
Kamerstukken II 1993/94, 23 470, nr. 3.
Kamerstukken II 1994/95, 23 909, nr. 3.
Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3.
Kamerstukken II 1995/96, 24 802, nr. 1.
Kamerstukken II 1995/96, 24 802, nr. 2.
Kamerstukken II 1996/97, 24 707, nr. 6.
Kamerstukken II 1996/97, 25 533, nr. 3.
Kamerstukken II 1998/99, 26 200 XV, nr. 88.
Kamerstukken II 1998/99, 26 472, nr. 3.
Kamerstukken II 1998/99, 26 472, nr. 7.
Kamerstukken II 2000/01, 26 742, nr. 7.
Kamerstukken II 2001/02, 28 484, nr. 3.
Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 3.
Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 6.
Kamerstukken II 2004/05, 29 359, nr. 3.
Kamerstukken II 2005/06, 29 849, nr. 30.
Kamerstukken II 2005/06, 30.071, nr. 14.
Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 3.
Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 6.
Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VI, nr. 69.
Kamerstukken II 2008/09, 32 128, nr. 3.
Kamerstukken II 2009/10, 32 438, nr. 3.
Kamerstukken II 2009/10, 32 438, nr. 4.
Kamerstukken II 2010/11, 17 050, nr. 403.
Kamerstukken II 2010/11, 29 515, nr. 330.
Kamerstukken I 2001/02, 26 742, nr. 59a.
Kamerstukken I 2003/04, 28 851, C.
Kamerstukken I 2006/07, 30 411, C.
Kamerstukken I 2008/09, 31 700 VI, D.

Jurisprudentie

HvJEG, zaak 8/55, JUR 1955/56, p. 323 (Fédéchar).

HR 20 november 2001 (Mensenroof), *NJ* 2003, 632.

Hof Leeuwarden 7 september 2005, *AB* 2006, 93.

Hof Leeuwarden 26 november 2007, *JWR* 2007, 113.

Hof Leeuwarden 26 november 2007, *VR* 2008, 18.

Aanvulling (IAK)

Checklist voor wettelijke regelingen van bestuurlijke boetes en strafrechtelijke geldboetes op het terrein van de ordeningswetgeving

In § 5.5.4, waarin aanbevelingen met het oog op de boetesystematiek als geheel zijn geformuleerd, is gezegd dat naast een aantal wettelijke maatregelen ook een aanvulling van het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK) aan meer eenheid in deze systematiek zou kunnen bijdragen. Aan het slot van die paragraaf zijn in verband met aansluiting bij de (aangepaste) strafrechtelijke boetecategorieën enkele richtsnoeren en voorbeelden gegeven. Vooraf verdient opmerking dat het onderstaande punt 1a met dergelijke richtsnoeren en voorbeelden uitgebreid zou kunnen worden. Een tweede opmerking vooraf is dat in verband met het onderstaande punt 2a nog nader onderzoek dient te worden welke elementen op termijn in een op de wet gebaseerde regeling neergelegd kunnen worden (vgl. de in § 5.5.2 vermelde aanbeveling op het terrein van het strafrecht). Hierbij is van betekenis dat voor zover straftoemettingsregels de status van algemeen verbindend voorschrift zouden krijgen, een fundamenteel verschil tussen bestuursrecht en strafrecht zou verdwijnen. De strafrechter zou nog steeds geen toetser van besluiten zijn, maar wel door dezelfde regels gebonden worden als het orgaan dat de strafbeschikking uitvaardigt.

Geldboetes

Hoogte boete

Vraag

Welke boetecategorie van artikel 23 lid 4 Sr is met het oog op de maximale boete van toepassing? (Zie voor het bestuursrecht art. 5:46 lid 1 Awb.)

Onderdelen

- a. Aard / ernst van de gedraging; rechtsgoed

- Welk(e) rechtsgoed(eren), respectievelijk, welk(e) rechtsbelangen beogen de regelingen, meer specifiek, de bepalingen waarop de boete ziet, te beschermen?
 - Welk gewicht moet aan (de bescherming van) dit rechtsgoed / deze rechtsgoederen worden toegekend?
 - Indien er meerdere rechtsgoederen worden beschermd met de in te voeren regelgeving, waaraan een verschillend gewicht wordt gehecht, is het aan te bevelen voor de verschillende rechtsgoederen, verschillende maxima te hanteren. De overtredingen die vallen onder het ene rechtsgoed, krijgen dus een ander maximumbedrag toegekend, dan de overtredingen die vallen onder de bescherming van het andere rechtsgoed.
- b. Aard van de persoon
- Is de bepaling / zijn de bepalingen gericht op natuurlijke personen en/of rechtspersonen (bedrijven)?
 - Kan in geval van rechtspersonen (bedrijven) worden volstaan met boetes van de naasthogere categorie (art. 23 lid 7 en 8)?
 - Indien de bepaling(en) gericht zijn op beide type overtredders, maakt dit voor het vaststellen van de maximale boetehoopte verschil? Met andere woorden, is het wenselijk voor elk type overtredder een ander maximum te formuleren?
- c. Behaald profijt
- Kan de betrokkene met het begaan van de overtreding economisch voordeel behalen?
 - Bestaat er in de wet een terugvorderingsbevoegdheid of een andere herstelsanctie?
 - Is het raadzaam het behaalde economische voordeel te betrekken / als uitgangspunt te nemen bij de keuze van de boetecategorie van artikel 23 lid 4 Sr om hiermee de relatieve ernst van de gedraging mee uit te drukken?
 - Indien het met de overtreding behaalde voordeel reeds teruggevorderd wordt met een herstelsanctie, dient daarin het kader van de evenredigheid bij het opleggen van de boeterekening mee te worden gehouden.
- d. Recidive
- Uitgangspunt is dat er voor bestuurlijke boetes een algemene recidivebepaling wordt opgenomen (soortgelijke recidive binnen vijf jaar leidt tot een verhoging van 50% van het boetebedrag), waarvan bij wettelijk voorschrift kan worden afgeweken. Daar kan in de voorgestelde normering van straftoemeting bij lagere regelgeving in het strafrechtelijk ordeningsrecht, voortbouwend op bestaande OM-beleidsregels, bij worden aangesloten. In de bijzondere wet kan deze bepaling verfijnd worden tot een verhoging

van 100% in geval van een ernstige overtreding binnen vijf jaar, of kan de termijn worden beperkt tot twee jaar. Zij kan ook uitgebouwd worden voor herhaalde recidive (bijvoorbeeld verhoging met 100% bij een derde overtreding binnen vijf jaar). In plaats daarvan kan er voor worden gekozen om bij herhaalde recidive een overstap naar het strafrecht te maken.

Vormgeving van de boete

Vraag

Op welke wijze wordt het bepalen van de boetehoogte in een concreet geval nader genormeerd?

Onderdelen

a. Structuur

In de wet of in lagere regelgeving kunnen aan de beslissingnemers richtsnoeren worden gegeven over welke elementen van belang zijn bij het vaststellen van een individuele boete. Dergelijke richtsnoeren kunnen variëren van strikt tot vrij. Welke structuur het beste past bij de betreffende overtreding, hangt af van de ingewikkeldheid van de delictsomschrijving en de bewijsvoering en van de vraag of er veel bijkomende omstandigheden zijn die de hoogte van de boete kunnen bepalen. Als het gaat om de vormgeving van deze nadere richtlijnen, moeten twee elementen worden onderscheiden: I) de plaats waar deze richtlijnen worden vastgelegd en II) hoe deze richtlijnen er uit zien.

I. Plaats

- Formele wet
- AMvB en/of ministeriële regeling
- Beleid

II. Vormgeving (van strikt naar vrij)

- Fixatie/feitcodering: per overtreding wordt een vast bedrag/percentage van de maximale boete vastgelegd. Ook kan fixatie uitgedrukt worden door een vast bedrag te geven per eenheid van een variabele (bijvoorbeeld: een boetebedrag per hoeveelheid uitgestoten stikstof; zie de Meststoffenwet). Aanbevolen wordt om deze wijze van vormgeving in de bijzondere wet (evt. een AMvB) neer te leggen.
- Rekensom Bos-Polaris: het bepalen van een basisbedrag dat wordt beïnvloed door, in sanctiepunten uitgedrukte, omstandigheden. Door op het niveau van een algemeen verbindend voorschrift een algemene systematiek van plus- en minfactoren en hun waarde in sanctiepunten vast te stellen, kan bij toepassing van deze vormgeving door het invoeren van de ter zake doende omstandigheden een (voorspelbaar) boetebedrag worden berekend.

- Rekensom Overig: het boetenormbedrag is de uitkomst van een rekensom, waarbij de basisboete wordt bepaald door een bepaald bedrag of percentage van de omzet/maximale boete en waarop vervolgens een of een aantal variabelen worden toegepast die betrekking hebben op de betreffende overtreding, bijvoorbeeld de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de grootte van het bedrijf dat de overtreding pleegt. Deze variabelen worden uitgedrukt in een factor en/of een percentage waarmee het basisbedrag wordt vermenigvuldigd.
- Bandbreedtes: een aantal variabelen bepaalt de bandbreedte waar-tussen de hoogte van de boete zich kan bewegen. Plaatsing in een boetecategorie wordt bijvoorbeeld bepaald door de ernst van de overtreding (aard, ernst en duur van de overtreding), het niveau waar de overtreding wordt gepleegd (landelijk, regionaal of lokaal), of een onderverdeling van artikelen uit de wet.
- Handvatten: De richtlijnen beperken zich tot het geven van enkele factoren/indicatoren die meegewogen kunnen worden en dus van invloed zijn op de boetehoogte. Deze opsomming is niet limitatief en bovendien staat niet vast, bijvoorbeeld in percentages, welke invloed deze factoren op de concrete boete hebben.

b. Houding betrokkene

Er kan voor worden gekozen de houding van de betrokkene in de tijd voorafgaand aan of volgend op constatering van een overtreding mee te wegen bij de hoogte van de boete. In de wet of in het beleid dient vervolgens te worden uitgedrukt op welke wijze deze houding meeweegt in het vaststellen van de boete. Voorbeelden:

- Indien de overtreder uit eigen beweging degenen aan wie door de overtreding schade is berokkend, schadeloos stelt, kan dat als een boeteverlagende factor worden beschouwd.
- Indien de overtreder uit eigen beweging de overtreding heeft beëindigd, kan dat beschouwd worden als een boeteverlagende omstandigheid, waarbij meer gewicht toekomt aan het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding voordat het bestuursorgaan een onderzoek is begonnen dan nadat het onderzoek reeds is aangevangen.
- Gedacht kan ook worden aan het introduceren van het idee van 'high trust'. High trust houdt in dat er minder middelen ingezet worden om overtredingen op te sporen in gevallen waarin de risico's beperkt zijn, maar dat er harder wordt opgetreden als de wet toch wordt overtreden. Het high trust-beleid gaat hierbij uit van het vertrouwen dat burgers en bedrijven zich aan de wet houden. Om te waarborgen dat er een afschrikwekkende werking blijft uitgaan van het toezicht is het noodzakelijk om extra streng op te treden als het vertrouwen dat de wet wordt nageleefd toch wordt geschonden. Dit betekent dat in

de wet of in het beleid bijvoorbeeld zwaardere bestraffing van recidive plaatsvindt.

c. Evenredigheidseis

Uiteindelijk dient de afweging van de beslissingennemer te leiden tot een evenredige sanctie. Met andere woorden, de hoogte van de sanctie moet afgestemd zijn op de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden van het geval. Voor welke structuur ook wordt gekozen, de uitkomst van een evenredige sanctie moet leidend zijn.

Bijlage 3

Lijst met gebruikte afkortingen

AFM	Autoriteit Financiële Markten
AI	Arbeidsinspectie
AKW	Algemene Kinderbijslagwet
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
ANW	Algemene Nabestaandenwet
AOW	Algemene Ouderdomswet
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
Atw	Arbeidstijdenwet
avas	afwezigheid van alle schuld
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awr	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BAG	Bloedalcoholgehalte
Bahv	Besluit administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften 1994
BBBB	Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst
boa's	buitengewone opsporingsambtenaren
BW	Burgerlijk Wetboek
CJIB	Centraal Justitieel Incassobureau
College van B&W	college van Burgemeesters en Wethouders
CTW	Commissie Toetsing van Wetgevingsprojecten
CvdM	Commissariaat voor de Media
DNB	De Nederlandsche Bank
EL&I	Economische Zaken, Landbouw en Innovatie
EU	Europese Unie
GIDS	Gegevensbank Informatie over De Straftoemeting
GS	Gedeputeerde Staten
I&M	Infrastructuur & Milieu
IGZ	Inspectie voor de Gezondheidszorg
Inspectie W&V	Inspectie Waren en Veterinaire Zaken
IVW	Inspectie Verkeer & Waterstaat
LOVS	Landelijk Overleg van Voorzitters van Strafsectoren
MvT	Memorie van Toelichting
Mw	Mededingingswet
NMa	Nederlandse Mededinginsautoriteit
nVWA	nieuwe Voedsel- en Warenautoriteit

OBM	ontzegging van de bevoegdheid tot het besturen
van	een motorrijtuig
OCW	Onderwijs, Cultuur en Media
OM	Openbaar Ministerie
OPTA	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
P-G	Procureur-Generaal
Sr	Wetboek van Strafrecht
Sv	Wetboek van Strafvordering
Svb	Sociale Verzekeringsbank
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Tbs	Terbeschikkingstelling
Tw	Telecommunicatiewet
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
V&J	Veiligheid en Justitie
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
VWS	Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Wahv	Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften
WAM	Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen
Wav	Wet arbeid vreemdelingen
Wbboor	Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte
WED	Wet op de economische delicten
Wet BMT	Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid
Wet RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
WIA	Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen
Wft	Wet op het financieel toezicht
Whc	Wet handhaving consumentenbescherming
WVW	Wegenverkeerswet 1994
WW	Werkloosheidswet

Bijlage 4

Boetestelsels met kenmerken

Overzicht volgt op de volgende pagina's.

Wetten per departement	Grondslag	Bestuursorgaan	Type overtreder	aantal boetes in 2009	wettelijk maximum
Binnenlandse Zaken					
Huisvestingswet	85a	college van B&W	privépersoon bedrijf	on-bekend	€ 340 / € 18.500
Wet inburgering	29/30/31/33	college van B&W	privépersoon	on-bekend	€ 250 / € 500 / € 1.000
Wet veiligheidsregio's	64 lid 2	college van B&W	privépersoon bedrijf	on-bekend	€ 9.000
EL&I					
Wet op het Centraal Bureau voor de Statistiek	43 lid 1 en 2	DG van de statistiek	bedrijf	geen	€ 5.000
Wet handhaving consumentenbescherming	2.9 en 2.7, 3.4 lid 1, 3, 4, 3.6 lid 2, 3.8 lid 2, 3.10 lid 2, 3.12 lid 2	Cosumentenautoriteit / AFM / Minister van VWS / CvdM / nVWA en IVW (laatste 2 mandaat minister)	bedrijf	5*	€ 4.500 of € 450.000 / € 76.000 of € 450.000 / 225.000 / € 450.000 / 4.000.000
Electriciteitswet 1998	77i lid 1, onder a en b, 77i lid 2	Nma	bedrijf	9*	€ 450.000 / € 450.000 of 1% van de omzet / 10% van de omzet
Gaswet	60ad lid 1, onder a en b, 60ad, lid 2	Nma	bedrijf	9*	€ 450.000 / € 450.000 of 1% van de omzet / 10% van de omzet
Loodsenwet	45f lid 1, onder a, 45f lid 2, 45h	Nma	bedrijf	geen	€ 450.000 / € 450.000 of 1% of 10% van de omzet
Mededingingswet	56 lid 1, 57 lid 1, 69 lid 1, 70a, 70b, 71-74, 75a, 76a	Nma	bedrijf	12	€ 450.000 / € 450.000 of 1% of 10% van de omzet

indeling wet?	hoe?	inde- ling avv?	hoe?	indel- ing be- leid?	hoe?	Eu- ropese in- vloed?	strafrech- telijke handha- ving?
*	over- treding	*	feitco- dering				
*	over- treding	*	feitco- dering				
						*	
*	over- treding					*	
*	over- treding / overtreder			*	basisboete (categorie % van de omzet) x factor ernst overtreding +/- boete beïnvloedende factoren / bandbreedtes	*	
*	over- treding / overtreder			*	basisboete (categorie % van de omzet) x factor ernst overtreding +/- boete beïnvloedende factoren / bandbreedtes	*	
*	over- treding / overtreder			*	basisboete (categorie % van de omzet) x factor ernst overtreding +/- boete beïnvloedende factoren / bandbreedtes	*	*
*	over- treding / overtreder			*	basisboete (% of categorie % van de omzet) x factor ernst overtreding +/- boete beïnvloedende factoren / bandbreedtes	*	

Wetten per departement	Grondslag	Bestuursorgaan	Type overtreder	aantal boetes in 2009	wettelijk maximum
Meststof-fenwet	51	nVWA	privépersoon / bedrijf	on-bekend	€ 76.000 / € 760.000
Wet gewas-bescher-mingsmid-delen en biociden	90 lid 1 en 97 lid 2	nVWA	privépersoon / bedrijf	245	€ 11.250 of € 45.000 / € 45.000 / € 450.000
Postwet 2009	49 lid 1 en lid 2	OPTA / Minister van EL&I	bedrijf	geen	€ 450.000 of 10% van de omzet
Telecommuni-catiewet	15.4 lid 1-4	OPTA / Minister van EL&I	bedrijf	5	€ 450.000 / € 450.000 of 10% van de omzet
Wet imple-mentatie rechtsbe-schermings-richtlijnen aanbesteden	14 lid 1	NMa	bedrijf	geen	15% van de geraamde waarde van de desbetreffende over-heidsopdracht
Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten	26 lid 1 en lid 2	Agentschap Telecom (mandaat minister EL&I)	bedrijf	on-bekend	€ 100.000 / € 450.000
Wet ruimtevaart-activiteiten	15 lid 1 en lid 2	Agentschap Telecom (mandaat minister EL&I)	bedrijf	on-bekend	€ 100.000 / € 450.000 of 10% van de omzet
Zorgverze-keringswet	9b, 69 lid 3	College Zorgverzeke-ingen	privépersoon	4.500	driemaal de tot een maandbedrag herleide standaardpremie, bedoeld in de Wet op de zorgtoeslag.
Financiën					
Algemene douanewet	9.1-9.5	douane-inspecteur	privépersoon / bedrijf	on-bekend	€ 150 / € 300 / € 100% rechten aan invoer
Algemene wet inzake rijks-belastingen	67a, 67b, lid 1 en 2, 67a, 67ca, 67d, 67e, 67f	belastinginspec-teur	privépersoon / bedrijf	on-bekend	€ 123 / € 1.230 / € 4.920 / 100% of 300% benadelingsbedrag

indeling wet?	hoe?	inde- ling avv?	hoe?	indel- ing be- leid?	hoe?	Eu- ropese in- vloed?	strafrech- telijke handha- ving?
*	over- treding	*	feitco- dering			*	*
*	over- treding / overtreder	*	feitco- dering			*	*
						*	
*	over- treding / overtreder			*	basisboete (% van de omzet) x factor ernst overtreding +/- boete beïnvloedende factoren / bandbreedtes	*	*
						*	
*	overtreding						*
*	overtreding					*	*
*	feitcodel- ing					*	
*	overtreding			*	feitcodeling	*	*
*	overtreding			*	feitcodeling	*	*

Wetten per departement	Grondslag	Bestuursorgaan	Type overtreder	aantal boetes in 2009	wettelijk maximum
Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen	40 lid 1 en 2, 41 lid 1 en 2	belastinginsp- teur	privépersoon / bedrijf	on- bekend	€ 1.500 / € 5.000
Wet op de accijns	102a lid 1	belastinginspec- teur	bedrijf	on- bekend	€ 4.920
Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwie- len 1992	13a lid 6, 15a lid 11	belastinginspec- teur	bedrijf	on- bekend	€ 492
Wet belasting zware motor- rijtuigen	13 lid 1	belastinginspec- teur	bedrijf	on- bekend	€ 4.920
Wet op de loonbelasting 1964	28b lid 1, 28c lid 1	belastinginspec- teur	bedrijf	on- bekend	€ 1.230
Wet op de motorrijtui- genbelasting 1994	37 en 52 en 70 en 77, 37d lid 3	belastinginspec- teur	bedrijf	on- bekend	€ 4.920 / € 492
Wet op de omzetbelast- ing 1968	40	belastinginspec- teur	bedrijf	on- bekend	€ 4.920
Wet op de internationale bijstandsver- lening bij de heffing van belastingen	40	voorzitter van het managementteam van de Belasting- dienst/Oost	bedrijf	on- bekend	€ 4.920
Persioenwet	176 lid 1	AFM / DNB	bedrijf	on- bekend	€ 4.000.000

indeling wet?	hoe?	inde- ling avv?	hoe?	indel- ing be- leid?	hoe?	Eu- ropese in- vloed?	strafrech- telijke handha- ving?
*	overtreding			*	feitcodering		
				*	feitcodering	*	*
				*	feitcodering	*	
				*	feitcodering	*	
				*	feitcodering	*	
				*	feitcodering	*	
				*	feitcodering	*	
				*	feitcodering	*	
				*	feitcodering	*	*
*	recidive / 3 boetecate- gorieën (1= feitcoder- ing, 2 en 3 = band- breedtes)	*	indelen overtred- ingen in voorge- schreven boete- catego- rieën			*	*

Wetten per departement	Grondslag	Bestuursorgaan	Type overtreder	aantal boetes in 2009	wettelijk maximum
Sanctiewet 1977	10d	AFM / DNB	bedrijf	on-bekend	€ 4.000.000
Wet verplichte deelneming in een bedrijfs-takpensioen-fonds 2000	19 lid 1	DNB	bedrijf	on-bekend	€ 4.000.000
Wet financiële betrekkingen buitenland 1994	9b lid 1	DNB	bedrijf	8	€ 4.000.000
Wet op het financieel toezicht	1:80 lid 1	AFM / DNB	bedrijf	on-bekend	€ 4.000.000
Wet inzake de geldtransac-tiekantoren	21 lid 1	DNB	bedrijf	on-bekend	€ 4.000.000

indeling wet?	hoe?	indeling avv?	hoe?	indeling beleid?	hoe?	Europese invloed?	strafrechtelijke handhaving?
*	recidive / 3 boetecategorieën (1= feitcodering, 2 en 3 = bandbreedtes)	*	indelen overtredingen in voorgeschreven boetecategorieën			*	*
*	recidive / 3 boetecategorieën (1= feitcodering, 2 en 3 = bandbreedtes)	*	indelen overtredingen in voorgeschreven boetecategorieën				*
*	recidive / 3 boetecategorieën (1= feitcodering, 2 en 3 = bandbreedtes)	*	indelen overtredingen in voorgeschreven boetecategorieën			*	*
*	recidive / 3 boetecategorieën (1= feitcodering, 2 en 3 = bandbreedtes)	*	indelen overtredingen in voorgeschreven boetecategorieën			*	*
*	recidive / 3 boetecategorieën (1= feitcodering, 2 en 3 = bandbreedtes)	*	indelen overtredingen in voorgeschreven boetecategorieën			*	*

Wetten per departement	Grondslag	Bestuursorgaan	Type overtreder	aantal boetes in 2009	wettelijk maximum
Wet toezicht accountants-organisaties	54 lid 1	AFM	bedrijf	on-bekend	€ 4.000.000
Wet toezicht trustkantoren	21 lid 1	DNB	bedrijf	on-bekend	€ 4.000.000
Wet verplichte beroeps-pensioen-regeling	171 lid 1	AFM / DNB	bedrijf	on-bekend	€ 4.000.000
Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme	27 lid 1	AFM / DNB / BFT	bedrijf	on-bekend	€ 4.000.000
OCW					
Mediawet 2008	7.12	CvdM	bedrijf	20	€ 225.000
Wet op de vaste boeken-prijs	17	CvdM	bedrijf	15	€ 90.000
SZW					
Arbeidsom-standigheden-wet	16 lid 2 , 33	Arbeidsinspectie	bedrijf	2.340	€ 9.000 / € 22.500
Arbeidstijden-wet	10:1 en 10:5	Arbeidsinspectie	bedrijf	283	€ 11.250 / € 45.000

indeling wet?	hoe?	inde- ling avv?	hoe?	indel- ing be- leid?	hoe?	Eu- ropese in- vloed?	strafrech- telijke handha- ving?
*	recidive / 3 boetecate- gorieën (1= feitcodel- ing, 2 en 3 = band- breedtes)	*	indelen overtred- ingen in voorge- schreven boete- catego- rieën			*	*
*	recidive / 3 boetecate- gorieën (1= feitcodel- ing, 2 en 3 = band- breedtes)	*	indelen overtred- ingen in voorge- schreven boete- catego- rieën			*	*
*	recidive / 3 boetecate- gorieën (1= feitcodel- ing, 2 en 3 = band- breedtes)	*	indelen overtred- ingen in voorge- schreven boete- catego- rieën			*	*
*	recidive / 3 boetecate- gorieën (1= feitcodel- ing, 2 en 3 = band- breedtes)	*	indelen overtred- ingen in voorge- schreven boete- catego- rieën			*	*
				*	bandbreedtes	*	
				*	bandbreedtes		
*	indelen feiten in 2 categorieën			*	feitcodeling	*	*
*	recidive / overtreder			*	feitcodeling	*	*

Wetten per departement	Grondslag	Bestuursorgaan	Type overtreder	aantal boetes in 2009	wettelijk maximum
Wet arbeid vreemdelingen	19a, 18	Arbeidsinspectie / IVW	bedrijf	2.242	€ 11.250 / € 45.000
Wet minimumloon en minimum-vakantie-bijslag	18b en 18c	Arbeidsinspectie	bedrijf	58	€ 6.700
Toeslagenwet	14a lid 1	UWV	privépersoon	2.416*	€ 2.269
Werkloosheidswet	27a lid 1	UWV	privépersoon	14.488	€ 2.269
Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen	48 lid 1	UWV	privépersoon	1.334*	€ 2.269
Wet arbeid en zorg	3,16 lid 1 onder o, 3.27 lid 1, onder m	UWV	privépersoon	2.416*	€ 2.269
Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering	29a lid 1	UWV	privépersoon	1.723*	€ 2.269
Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen	83c lid 1	UWV	privépersoon / bedrijf	2.416*	€ 1.500

indeling wet?	hoe?	inde- ling avv?	hoe?	indel- ing be- leid?	hoe?	Eu- ropese in- vloed?	strafrech- telijke handha- ving?
*	recidive / overtreder			*	feitcodering	*	*
*	recidive			*	feitcodering	*	
		*	basis- boete is 10% benade- lingsbe- drag	*	boete beïnvloedende fac- toren benoemen en invloed in percentages weergeven		
		*	basis- boete is 10% benade- lingsbe- drag	*	boete beïnvloedende fac- toren benoemen en invloed in percentages weergeven		
		*	basis- boete is 10% benade- lingsbe- drag	*	boete beïnvloedende fac- toren benoemen en invloed in percentages weergeven		
		*	basis- boete is 10% benade- lingsbe- drag	*	boete beïnvloedende fac- toren benoemen en invloed in percentages weergeven		
		*	basis- boete is 10% benade- lingsbe- drag	*	boete beïnvloedende fac- toren benoemen en invloed in percentages weergeven		
		*	basis- boete is 10% benade- lingsbe- drag	*	boete beïnvloedende fac- toren benoemen en invloed in percentages weergeven		

Wetten per departement	Grondslag	Bestuursorgaan	Type overtreder	aantal boetes in 2009	wettelijk maximum
Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten	2:69 lid 1, 3:40 lid 1	UWV	privépersoon / bedrijf	1.334*	€ 2.269
Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen	91	UWV	privépersoon / bedrijf	1.723*	€ 2.269
Wet inkomensvoorziening oudere werklozen	21	UWV	privépersoon	2.416*	€ 2.269
Ziektewet	38 lid 3, 38a lid 8, 45a, 63c	UWV	privépersoon / bedrijf	2.371	€ 454 / € 455 / €2.269
Algemene kinderbijslagwet	17a	Svb	privépersoon	4.492	€ 2.269
Algemene nabestaandenwet	39	Svb	privépersoon	474	€ 2.269
Algemene Ouderdomswet	17c	Svb	privépersoon	1.579	€ 2.269

indeling wet?	hoe?	inde- ling avv?	hoe?	indel- ing be- leid?	hoe?	Eu- ropese in- vloed?	strafrech- telijke handha- ving?
		*	basis- boete is 10% benade- lingsbe- drag	*	boete beïnvloedende factoren benoemen en invloed in percentages weergeven		
		*	basis- boete is 10% benade- lingsbe- drag	*	boete beïnvloedende factoren benoemen en invloed in percentages weergeven		
		*	basis- boete is 10% benade- lingsbe- drag	*	boete beïnvloedende f actoren benoemen en invloed in percentages weergeven		
*	overtreding	*	basis- boete is 10% benade- lingsbe- drag	*	boete beïnvloedende factoren benoemen en invloed in percentages weergeven		
		*	basis- boete is 10% benade- lingsbe- drag	*	boete beïnvloedende factoren benoemen en invloed in percentages weergeven		
		*	basis- boete is 10% benade- lingsbe- drag	*	boete beïnvloedende factoren benoemen en invloed in percentages weergeven		
		*	basis- boete is 10% bena- delings- bedrag	*	boete beïnvloedende factoren benoemen en invloed in percentages weergeven		

Wetten per departement	Grondslag	Bestuursorgaan	Type overtreder	aantal boetes in 2009	wettelijk maximum
Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen	1.72 lid 1, a-c, 1.86, a-b, 2.28 lid 1	college van B&W / UWV	privépersoon / bedrijf	on-bekend	€ 2.269 / € 5.000 / € 45.000
Veiligheid & Justitie					
Wet administratieve frechtelijke handhaving verkeersvoorschriften	2	politie en opsp. ambtenaren RDW	privépersoon	11 823 239	€ 340
Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus	15	Dienst Justis (mandaat minister V&J)	bedrijf	geen	€ 11.250
Infrastructuur & Milieu					
Binnenvaartwet	48	IVW (mandaat minister IM)	bedrijf	geen	€ 76.000
Wet luchtvaart	11.16 lid 1, 11.22 lid 1, 11.23 lid 1	IVW (mandaat minister IM) / minister Defensie / GS	bedrijf	on-bekend	€ 1.000 / € 74.000 / € 100.000/ € 500.000/ € 1.000.000
VWS					
Geneesmiddelenwet	101	IGZ (mandaat minister VWS)	bedrijf	12*	€ 450.000
Kwaliteitswet zorginstellingen	9	IGZ (mandaat minister VWS)	bedrijf	geen	€ 33.500
Opiumwet	9a	IGZ (mandaat minister VWS)	bedrijf	geen	€ 33.500
Wet afbreking zwangerschap	19a	IGZ (mandaat minister VWS)	bedrijf	geen	€ 33.500
Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen	70a	IGZ (mandaat minister VWS)	bedrijf	geen	€ 13.400
Wet inzake bloedvoorziening	19a	IGZ (mandaat minister VWS)	bedrijf	geen	€ 33.500

indeling wet?	hoe?	inde- ling avv?	hoe?	indel- ing be- leid?	hoe?	Eu- ropese in- vloed?	strafrech- telijke handha- ving?
*	overtreder						
*	feitcoder- ing						*
				*	bandbreedtes		
*	recidive	*	feitco- dering			*	*
*	bestuurs- orgaan / overtreding					*	
		*	feitco- dering			*	*
		*	feitco- dering				*
		*	feitco- dering				*
		*	feitco- dering				*
		*	feitco- dering				*
		*	feitco- dering				*

Wetten per departement	Grondslag	Bestuursorgaan	Type overtreder	aantal boetes in 2009	wettelijk maximum
Wet klachtrecht cliënten zorgsector	3b	IGZ (mandaat minister VWS)	bedrijf	geen	€ 6.700
Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg	100	IGZ (mandaat minister VWS)	bedrijf	geen	€ 6.700
Wet op de medische hulpmiddelen	14	IGZ (mandaat minister VWS)	bedrijf	12*	€ 900.000
Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal	20a	IGZ (mandaat minister VWS)	bedrijf	geen	€ 900.000
Wet marktordening gezondheidszorg	85 lid 1, 86, lid en 2, 87 lid 1, 88 lid 1, 89 lid 1	NZa	bedrijf	geen	€ 2.250 / € 100.000 / € 500.000 (of 10% van de omzet) / € 10.000.000
Wet geneesmiddelenprijzen	11	Minister van VWS	bedrijf	onbekend	€ 45.000
Tabakswet	11b lid 1	nVWA	bedrijf	367*	€ 4.500 / € 450.000
Warenwet	32a lid 1	nVWA	bedrijf	3.386*	€ 4.500
Drank-en Horecawet	44a lid 1	nVWA	bedrijf	329*	€ 100.000
Overig					
Gemeentewet	154 lid 1 onder a en b	college van b&w burgemeester	privépersoon	geen	€ 340 / € 2.250
Wet bescherming persoonsgegevens	66	CBP	bedrijf	geen	€ 4.500

indeling wet?	hoe?	inde- ling avv?	hoe?	indel- ing be- leid?	hoe?		Eu- ropese in- vloed?	strafrech- telijke handha- ving?
		*	feitco- dering					
		*	feitco- dering					*
		*	feitco- dering					*
				*	feitcoring		*	*
*	overtreding							*
							*	
*	feitcoring naar overtreder / overtred- ing						*	*
		*	feitco- dering				*	*
		*	feitco- dering					*
*	overtreder	*	feitco- dering					*
							*	*

Wetten per departement	Grondslag	Bestuursorgaan	Type overtreder	aantal boetes in 2009	wettelijk maximum
Wet Milieubeheer	18.16a lid en lid 2	Nea	bedrijf	12*	€ 450.000 of 10% omzet abj / vast bedrag per ton emissierechten dat meer is veroorzaakt dan ingeleverd
Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen	26 lid 1 en 2	Minister van EL&I	bedrijf	on-bekend	€ 100.000, of 20% van het in de S&O-verklaring als afdrachtvermindering vastgestelde bedrag / bedrag van de correctie-S&O-verklaring van artikel 25, lid 2, onderdeel b
Spoorwegwet	76, lid 2 en 3, 77 lid 1	Nma / minister I&M	bedrijf	geen	€ 10.000 of € 50.000 / € 450.000 / € 450.000 of 10% van de omzet
Wet politiegegevens	35 lid 3	CBP	bedrijf	geen	€ 4.500

indeling wet?	hoe?	inde- ling avv?	hoe?	indel- ing be- leid?	hoe?	Eu- ropese in- vloed?	strafrech- telijke handha- ving?
*	overtreding			*	bandbreedte	*	*
*	overtreding					*	
*	over- treding overtreder / feitcoder- ing voor aantal feiten			*	basisboete (categorie ‰ van de omzet) x factor ernst overtreding +/- boete beïnvloedende factoren / bandbreedtes		
				*	feitcodering		*

Toelichting op overzicht ‘boetestelsels met kenmerken’

Algemeen

- De wetten zijn geordend per ministerie. Door deze wijze van opstelling is gemakkelijk te zien of en hoe de systematiek van boeteoplegging voor vergelijkbare onderwerpen overeenkomst of juist van elkaar verschilt.
- *Grondslag*: in deze kolom wordt het artikel/de artikelen genoemd op grond waarvan bestuurlijke boetes in de betreffende wet kunnen worden opgelegd.
- *Bestuursorgaan*: in deze kolom wordt het boetebevoegde bestuursorgaan / de bestuursorganen genoemd.
- *Type overtreder*: in deze kolom wordt aangegeven tot welke type overtreder de regelgeving zich richt. Er is een onderverdeling gemaakt tussen ‘privépersoon’ en ‘bedrijf’. Met privépersoon wordt bedoeld op een natuurlijke persoon die als burger handelt. De term bedrijf heeft allereerst betrekking op rechtspersonen, maar met deze term wordt ook bedoeld op de natuurlijke persoon die bedrijfsmatig heeft gehandeld (ZZP-ers, opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers, et cetera).
- *Aantal boetes in 2009*: het peiljaar voor de frequentie van boeteoplegging is 2009. Bij de start van dit onderzoek (voorjaar 2010) waren voor een groot aantal rijksinspecties de cijfers over de 2010 nog niet bekend.
- *Wettelijk maximum*: in deze kolom wordt het wettelijk maximum (of: maxima) van de betreffende wet omschreven.
- *Indeling wet*: in deze kolom wordt de vraag beantwoord of de wet meer regelt dan alleen het wettelijk maximum.
- *Hoe?* Deze kolom omschrijft wat de wet meer regelt dan het wettelijk maximum: gelden er bijvoorbeeld verschillende maxima ten aanzien van de overtredingen (wat iets kan zeggen over de ernst van de overtreding) of het type overtreder (natuurlijk persoon / rechtspersoon), worden de overtredingen ingedeeld in categorieën of wordt in de wet (of de bijlage) per overtreding een vast boetebedrag voorgeschreven (feitcodering).
- *Indeling avv*: in deze kolom wordt de vraag beantwoord of er een AMvB of Ministeriële regeling (of een ander algemeen verbindende voorschrift) is waarin een boetesystematiek is neergelegd voor de betreffende wet.

- *Hoe?* Deze kolom omschrijft welke boetesystematiek in de avv is opgenomen: feitcodering, bandbreedtes, indeling in categorieën, rezensom, et cetera.
- *Indeling beleid:* in deze kolom wordt de vraag beantwoord of er een beleidsregels is waarin een boetesystematiek is neergelegd voor de betreffende wet.
- *Hoe?* Deze kolom omschrijft welke boetesystematiek in de avv is opgenomen: feitcodering, bandbreedtes, indeling in categorieën, rezensom, et cetera.
- *Europese invloed:* in deze kolom is getracht antwoord te geven op de vraag of Brussel invloed heeft gehad op de wet, de daarin opgenomen materiële normen en/of de handhaving.
- *Strafrechtelijke handhaving:* in deze kolom wordt aangegeven of de bijzondere wet of de WED strafrechtelijke handhaving mogelijk maakt ten aanzien van dezelfde artikelen waarvoor bestuursrechtelijke handhaving middels een bestuurlijke boete ook mogelijk is. Strafrechtelijke vervolging voor een gemeen delict is natuurlijk in bijna alle gevallen wel mogelijk, maar om de verhouding tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving zichtbaarder te maken is er in dit geval voor gekozen alleen te kijken naar de overlappende handhavingsbevoegdheid.
- Hierna worden per wet (ingedeeld naar ministerie) eventuele bijzonderheden beschreven.

Ministerie van Binnenlandse Zaken

Huisvestingswet

Artikel 85a Huisvestingswet bepaalt dat de gemeente een keuzemogelijkheid heeft tot het vaststellen van een huisvestingsverordening (met een bestuurlijke boetebevoegdheid). Het invoeren van de bestuurlijke boete is derhalve niet verplicht. Indien de gemeente hier wel toe overgaat, dan schrijft artikel 85a lid 3 Huisvestingswet voor dat de gemeenteraad bij verordening het bedrag vaststelt van de bestuurlijke boete die voor de verschillende overtredingen kan worden opgelegd. Oftewel, in dat geval is feitcodering voorgeschreven.

Wet veiligheidsregio's

- Het staat de gemeente vrij al dan niet de bestuurlijke boete op basis van deze wet ten aanzien van de brandveiligheid in te voeren.
- In de wet wordt bij het bepalen van de maximale boete aangesloten bij artikel 34 lid 4 onder 1° Arbeidsomstandighedenwet.

- In het model van de VNG wordt geen voorstel gedaan voor de boetebedragen voor de te onderscheiden overtredingen. Het bekijken van een aantal gemeentelijke brandveiligheidsverordeningen leert dat de zin uit de modelverordening: ‘Overtreding van de regels van deze verordening kan worden beboet met een bestuurlijke boete van maximaal het bedrag, genoemd in de Arbeidsomstandighedenwet artikel 34, vierde lid, onder 1^o’ vaak wordt overgenomen, waardoor er in de verordening wat betreft boetehoogte niet nader gedifferentieerd wordt.

Ministerie van Economische Zaken, Landbouw & Innovatie (EL&I)

Wet op het Centraal Bureau voor de Statistiek (Wet CBS)

Ten aanzien van de boetebevoegdheid uit deze wet is er geen verdere uitwerking in een algemeen verbindend voorschrift of in een beleidsregel te vinden. Opmerkelijk is dat artikel 43 lid 3 van de wet aangeeft dat de Minister, in overeenstemming met Onze Minister van Justitie, regels kan stellen ter zake van de uitoefening van de bevoegdheid tot oplegging van een bestuurlijke boete. Er bestaat dus een mogelijkheid tot het opstellen van regels, maar daar is, voor zover bekend, geen gebruik van gemaakt.

Wet handhaving consumentenbescherming (Whc)

* Het aantal bestuurlijke boetes (5) betreft alleen de boetes opgelegd door de Consumentenautoriteit. Van de overige bevoegde bestuursorganen is niet bekend hoeveel boetes zij hebben opgelegd ter zake van overtredingen van de Whc.

- In de wet zijn zeer uiteenlopende overtredingen gegroepeerd, waardoor ook verschillende bestuursorganen met verschillende boetetechnieken binnen de wet vallen. Dit maakt het geheel vrij ondoorzichtig.

Elektriciteitswet 1998

- Het aantal boetes geldt voor de gehele afdeling Energie, dus ook voor de overtredingen ten aanzien van de andere wetten die onder die paraplu vallen.

Gaswet

- Het aantal boetes geldt voor de gehele afdeling Energie, dus ook voor de overtredingen ten aanzien van de andere wetten die onder die paraplu vallen.

Mededingingswet

- Bij het vaststellen van het maximale boetebedrag heeft de wetgever gelet op de hoogte van de boete die de Europese Commissie op kan leggen; te weten 1 miljoen ECU, de hoogte van de boeten in andere landen en de schaal van de Nederlandse markt. De omzetgrens van 10% stemt overeen met de bevoegdheid van de Commissie.

Meststoffenwet

- In de wet wordt aangesloten bij de categorieën van artikel 23 Sr.
- Er wordt onderscheid gemaakt naar het type overtredingen en ook naar het type overtreder. Voor de overtredingen die te maken hebben met het gebruik en verhandelen van meststoffen wordt de bestuurlijke boete vastgesteld aan de hand van een bedrag per kilogram onderhavige stof, bijvoorbeeld stikstof. Het maximum wordt vervolgens bepaald door de bijbehorende categorieën (categorie 5 voor een natuurlijk persoon, 6 voor een rechtspersoon).
- Ten aanzien van de overige overtredingen (van meer administratieve aard) geldt dat deze maximaal kunnen worden beboet met de 5^e categorie van artikel 23 lid 4 Sr. Voor deze overtredingen wordt verwezen naar een AMvB die nadere regels dient te stellen over de hoogte van de bestuurlijke boetes. Dat is het Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet. Daarin wordt per type overtreding (art. 73 lid 1 Uitvoeringsbesluit) een normbedrag genoemd. Dat wil zeggen dat niet per artikel, maar per soort overtreding een boetebedrag wordt geformuleerd. Een voorbeeld: het niet op de voorgeschreven wijze administreren, registreren of invullen van gegevens: € 50.
- In artikel 73 lid 2 Uitvoeringsbesluit is te lezen dat bij ministeriële regeling per overtreding de hoogte van de bestuurlijke boete wordt aangewezen overeenkomstig het eerste lid. In de Uitvoeringsregeling Meststoffenwet wordt inderdaad, in bijlage M, per overtreding (artikelgewijs) een boetenormbedrag voorgeschreven.

Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden (Wgb)

- In de wet wordt onderscheid gemaakt naar natuurlijke en rechtspersonen. De maximale boetehoogte is voor rechtspersonen (€ 45.000 en € 450.000) hoger dan voor natuurlijke personen (€ 11.250 en € 45.000).
- De wet schrijft voor dat de Minister nadere regels stelt met betrekking tot de uitvoering van de bestuurlijke boetebevoegdheid (art. 90 lid 2 Wgb). In de Regeling gewasbeschermingsmiddelen en biociden wordt dan ook in bijlage XIII een tarieflijst vastgesteld waar per overtreding een boetenormbedrag is bepaald.

Telecommunicatiewet

* Het aantal boetes betreft de boeteoplegging door de OPTA.

- Voor de overtredingen van de in artikel 15.4, tweede lid, Telecommunicatiewet bedoelde regels is in de Boetebeleidsregels van de OPTA het volgende systeem neergelegd. De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet. Onder betrokken omzet wordt verstaan de waarde van alle transacties, die door de onderneming tijdens de totale duur van de overtreding is behaald met de verkoop van goederen en/of levering van diensten. Voorts wordt deze boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor (E) die staat voor de ernst van de overtreding. Op deze manier wordt de basisboete verkregen. Naargelang de ernst van de overtreding stelt het college de factor (E) vast op een waarde van ten hoogste 5. Er worden drie ernstcategorieën onderscheiden. Daarnaast dienen strafverzwarende en strafverminderende omstandigheden in acht worden genomen bij de vaststelling van de individuele boetehoogte. De boete is derhalve de uitkomst van de volgende som: Boetegrondslag x ernstfactor + verhoging/verlaging voor bijkomende omstandigheden. Ten aanzien van de overtredingen zoals bedoeld in artikel 15.4, vierde lid, Telecommunicatiewet verbindt de OPTA aan elke ernstkwalificatie van de overtreding een boetecategorie met een boetemaximum. Voor minder ernstige overtredingen bedraagt de boetehoogte € 100 000, voor ernstige overtredingen € 300 000 en voor zeer ernstige overtredingen € 450 000. Binnen deze bandbreedtes stelt de OPTA met in achtneming van de mate waarin de overtreding aan de overtreder kan worden verweten en, indien daar aanleiding toe bestaat, andere omstandigheden, zoals de duur van de overtreding, de hoogte van de basisboete vast. De bandbreedtes kunnen worden beïnvloed door boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden.
- Ten aanzien van de boetebevoegdheden van de NMa en de Minister van EL&I is het niet duidelijk hoe zij van deze bevoegdheden gebruikmaken.

Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (WIRA)

- In de wet wordt geen sanctieregeling vastgesteld, maar toch zijn daar wel enkele relevante passages opgenomen. In artikel 14 lid 3 WIRA is bijvoorbeeld te lezen dat de boete afschrikwekkend, evenredig en doeltreffend dient te zijn. Bovendien staat in lid 4 van hetzelfde artikel dat de raad bij het bepalen van de hoogte van de boete de relevante omstandigheden van het geval, waaronder de ernst van de overtreding, in acht moet nemen.

Zorgverzekeringswet

* Het aantal boetes dat in het overzicht genoemd worden heeft betrekking op 2008 en niet op 2009.

Ministerie van Financiën

Algemene douanewet (Adw)

- In de wet wordt een onderscheid gemaakt tussen verzuimboetes en vergrijpboetes. De vergrijpboetes zien op dezelfde feiten als de verzuimboetes, alleen gelden extra voorwaarden voor het opleggen van deze hogere boete. De eerste voorwaarde is dat het bedrag aan rechten hoger is dan het bedrag van de verzuimboete (bijvoorbeeld € 300). Bovendien moet het niet voldoen aan het voorschrift te wijten zijn aan de opzet of grove schuld van de betrokkene.
- Vervolgens wordt in het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst / Douane (hierna: het BBBB/D) per verzuimboete een vast bedrag bepaald. Zo staat in artikel 2 lid 1 van het Besluit dat met betrekking tot de in de artikelen 9:1, 9:2, 9:3 en 9:4 Adw geregelde beboetbare feiten de inspecteur een verzuimboete van € 125 oplegt. Voor de vergrijpboetes wordt telkens per overtreding een vast percentage van het bedrag aan rechten bij invoer (bijvoorbeeld 25%).
- In het excel-bestand is de wijze van boeteoplegging in het beleid getypeerd als feitcodering. Zoals hiervoor is te lezen wordt in het beleid ook per overtreding een vast bedrag of percentage voorgeschreven. Echter, in de algemene bepalingen van het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst, waarnaar het BBBB/D verwijst, is het volgende te lezen. Bij het opleggen van een boete gaat de inspecteur uit van de percentages of bedragen vermeld in het besluit. Het opleggen van een boete is een vorm

van straftoemeting. Daarom houdt de inspecteur rekening met omstandigheden die aanleiding geven tot een hogere of een lagere boete dan op grond van de percentages of bedragen van het besluit kan worden opgelegd. Deze omstandigheden vormen het sluitstuk van de behoorlijke straftoemeting bij bestuurlijke boeten. Gelet hierop is de inspecteur bij de uiteindelijke vaststelling van de hoogte van de boete dus niet gebonden aan vaste bedragen of percentages. De vastgestelde hoogte van de boetes kan zowel met een bepaald bedrag als met een bepaald percentage verlaagd of verhoogd worden. Bij het in aanmerking nemen van individuele omstandigheden vindt een afweging plaats tussen zowel strafverminderende feiten en omstandigheden als strafverzwarende feiten en omstandigheden. Het resultaat van de afweging zal moeten leiden tot een boete die passend is te achten bij de geconstateerde beboetbare gedraging. Deze passages uit §6 wekken de indruk dat telkens, bij elke voorliggende boete, een individuele sanctietoemeting plaatsvindt, wat zou betekenen dat er niet echt sprake is van een systeem van feitcodering. Het derde onderdeel van §6 zegt echter het volgende: 'Bij de meeste verzuimboeten zal, vanwege de wijze van oplegging, individueel getinte straftoemeting eerst in bezwaar aan de orde kunnen komen'. Oftewel, in eerste instantie zal steeds het voorgeschreven vaste bedrag of percentage worden opgelegd en is er dus wel sprake van feitcodering.

- Overigens zijn in het Algemene douanebesluit en de Algemene douaneregeling ook beboetbare feiten opgenomen. Hierin zijn slechts verzuimboetes opgenomen.

Algemene wet inzake rijksbelastingen

- In de wet wordt onderscheid gemaakt tussen verzuimboetes en vergrijpboetes. De vergrijpboetes zien op dezelfde feiten als de verzuimboetes, alleen geldt er een extra voorwaarde voor het opleggen van deze hogere boete: het niet voldoen aan het voorschrift is te wijten aan de opzet of grove schuld van de betrokkene.
- In het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (hierna: het BBBB) wordt per verzuimboete een vast boetebedrag en per vergrijpboete een vast boetepercentage voorgeschreven.
- In het excel-bestand is de wijze van boeteoplegging in het beleid getypeerd als feitcodering. Zoals hiervoor is te lezen wordt in het beleid ook per overtreding een vast bedrag of percentage voorgeschreven. In de algemene bepalingen van het BBBB is echter het volgende te lezen. Bij het opleggen van een boete gaat de inspecteur uit van de percentages of bedragen vermeld in het besluit. Het opleggen van een boete is een vorm van straftoemeting. Daarom houdt de inspecteur rekening met omstandigheden die aanleiding geven tot een hogere of een lagere boete

dan op grond van de percentages of bedragen van het besluit kan worden opgelegd. Deze omstandigheden vormen het sluitstuk van de behoorlijke straftoemeting bij bestuurlijke boeten. Gelet hierop is de inspecteur bij de uiteindelijke vaststelling van de hoogte van de boete dus niet gebonden aan vaste bedragen of percentages. De vastgestelde hoogte van de boetes kan zowel met een bepaald bedrag als met een bepaald percentage verlaagd of verhoogd worden. Bij het in aanmerking nemen van individuele omstandigheden vindt een afweging plaats tussen zowel strafverminderende feiten en omstandigheden als strafverzwarende feiten en omstandigheden. Het resultaat van de afweging zal moeten leiden tot een boete die passend is te achten bij de geconstateerde beboetbare gedraging. Deze passages uit §6 wekken de indruk dat telkens, bij elke voorliggende boete, een individuele sanctietoemeting plaatsvindt, wat zou betekenen dat er niet echt sprake is van een systeem van feitcodering. Het derde onderdeel van §6 zegt echter het volgende: ‘bij de meeste verzuimboeten zal, vanwege de wijze van oplegging, individueel getinte straftoemeting eerst in bezwaar aan de orde kunnen komen’. Oftewel, in eerste instantie zal steeds het voorgeschreven vaste bedrag of percentage worden opgelegd en is er dus wel sprake van feitcodering.

Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen

- In de wet wordt onderscheid gemaakt tussen verzuimboetes en vergrijpboetes. Zie hierover de opmerking bij de Pensioenwet of de Awr.
- In het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst/Toeslagen wordt per overtreding een vast percentage van het wettelijk maximum bepaald.
- Zie voor de opmerkingen over feitcodering hiervoor de Awr, derde opmerking.

Wet op de accijns (WA)

- Zie voor de opmerkingen over feitcodering hiervoor de Awr, derde opmerking.

Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992 (Wet BPM)

- Zie voor de opmerkingen over feitcodering hiervoor de Awr, derde opmerking.

Wet belasting zware motorrijtuigen (Wet BZM)

- Zie voor de opmerkingen over feitcodering hiervoor de Awr, derde opmerking.

Wet op de Loonbelasting 1964 (Wet LB)

- Zie voor de opmerkingen over feitcodering hiervoor de Awr, derde opmerking.
- Ten aanzien van de verzuimboete correctiebericht uit artikel 28b van de Wet op de Loonbelasting 1964 wordt in § 30 van het BBBB opgemerkt dat vooralsnog met de bevoegdheid tot het opleggen van een boete terughoudend zal worden omgegaan. Daarom zal de inspecteur over het algemeen geen verzuimboete opleggen, maar zal hij belanghebbenden stimuleren tot het naleven van de correctieverplichting. Indien de belanghebbende bijvoorbeeld stelselmatig de opgelegde correctieverplichting niet of niet binnen de termijn dan wel onjuist of onvolledig naleeft, kan wel een verzuimboete worden opgelegd.

Wet op de motorrijtuigenbelasting 1994 (Wet MRB 1994)

- Zie voor de opmerkingen over feitcodering hiervoor de Awr, derde opmerking.
- Ten aanzien van de overtreding van één van de artikelen genoemd in artikel 37 Wet MRB 1994 is in het BBBB vastgesteld dat de verzuimboete maximaal 100 procent bedraagt van het bedrag aan belasting dat niet of gedeeltelijk niet is betaald, met een minimum van € 50 en maximaal het wettelijk maximum van artikel 67c van de AWR. er wordt dus geen percentage of bedrag voorgeschreven. Vandaar dat deze boetebevoegdheid de typologie ‘bandbreedte’ heeft gekregen.

Wet op de omzetbelasting 1986 (Wet OB)

- Zie voor de opmerkingen over feitcodering hiervoor de Awr, derde opmerking.

Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (WIBB)

- De bevoegde functionaris is de voorzitter van het managementteam van de Belastingdienst/Oost (art. 6a, onder c Uitvoeringsregeling Belastingdienst 2003).

Pensioenwet (Pw)

- Met de invoering van de Wet wijziging boetestelsel financiële sector en het bijbehorende Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (waarbij ook het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling en het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000) in 2009 is in de financiële sector een nieuw boeteregime met drie boetecategorieën ingevoerd. Voor de eerste boetecategorie blijft de geldende vaste boetesystematiek van toepassing. Dat wil zeggen een vaste boete zonder verhogende of verlagende factoren om rekening te houden met de omstandigheden van het geval anders dan recidive, waar een dubbel wettelijk maximum voor geldt. Hier gaat het om hoofdzakelijk relatief lichte, vaak veel voorkomende overtredingen, zoals het niet tijdig verstrekken van gegevens aan de toezichthouder. De toezichthouder dient wel bij het vaststellen van de hoogte van het boetebedrag rekening te houden met de financiële draagkracht van de overtreder. Voor de tweede en derde boetecategorie geldt een flexibele boetesystematiek met een wettelijk maximum van respectievelijk € 1.000.000 en € 4.000.000. Twee uitzonderingen bestaan hierop. Als eerste ingeval de toezichthouder in staat is het verkregen voordeel te bepalen als gevolg van de overtreding. Indien dat het geval is kan de toezichthouder het verkregen voordeel als uitgangspunt gebruiken bij het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete. De bestuurlijke boete kan dan oplopen tot maximaal tweemaal het voordeel dat is verkregen als gevolg van de overtreding. Ten tweede geldt het dubbele wettelijk maximum ingeval sprake is van recidive. Dat heeft tot gevolg dat het wettelijk maximum dan € 2.000.000, respectievelijk € 8.000.000 bedraagt. Bij het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete in de tweede of derde categorie dient de toezichthouder, met inachtneming van de hieronder opgenomen boeteverhogende en -verlagende factoren, rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Deze factoren zijn: ernst en duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreder. In de artikelsgewijze toelichting zal hier verder op in worden gegaan. De toezichthouder dient zich er tevens van te vergewissen of er gelet op de draagkracht van de

overtreder redenen zijn om het bedrag van de op te leggen bestuurlijke boete te matigen.¹

Sanctiewet 1977

- Zie de toelichting bij de Pensioenwet.

Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000)

- Zie de toelichting bij de Pensioenwet.

Wet financiële betrekkingen buitenland (Wfbb 1994)

- Zie de toelichting bij de Pensioenwet.

Wet op het financieel toezicht (Wft)

- Zie de toelichting bij de Pensioenwet.

Wet inzake de geldtransactiekantoren (Wgt)

- Zie de toelichting bij de Pensioenwet.

Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta)

- Zie de toelichting bij de Pensioenwet.

Wet toezicht trustkantoren (Wtt)

- Zie de toelichting bij de Pensioenwet.

¹ *Stb.* 2009, 329, p. 25-26.

Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb)

- Zie de toelichting bij de Pensioenwet.

Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)

- Artikel 27 lid 1 Wwft schept voor de minister van Financiën de bevoegdheid ten aanzien van de daar genoemde artikelen een bestuurlijke boete op te leggen in geval van overtreding van deze voorschriften. In artikel 5 lid 1 Uitvoeringsbesluit Wwft wordt deze bestuurlijke boetebevoegdheid echter overgedragen aan De Nederlandsche Bank N.V., de Stichting Autoriteit Financiële Markten en het Bureau Financieel Toezicht.
- Zie verder de toelichting bij de Pensioenwet.

Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW)

Mediawet 2008

- Voor het bepalen van de ernst van een overtreding zijn de te handhaven normen allereerst onderverdeeld in drie categorieën (A, B en C) met verschillende bandbreedtes. In dit kader wordt vervolgens, voor wat de impact van een overtreding betreft, een onderscheid gemaakt tussen media-instellingen met een landelijk, regionaal of lokaal publieksbereik c.q. verspreidingsniveau. De plaatsing van de betrokken overtreding binnen de in de boetecategorieën weergegeven bandbreedtes (lichte, ernstige en zeer ernstige overtreding) is afhankelijk van de aard, de ernst en voorzover relevant de duur van de overtreding. Aan de hand van boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden wordt vervolgens beoordeeld of, en zo ja in welke mate, de overtreding verwijtbaar is, en wordt zodoende de hoogte van de op te leggen boete vastgesteld.

Wet op de vaste boekenprijs

- De verschillende overtredingen worden ingedeeld in twee typen, gelet op de aard van de geschonden norm (type A en type B). Bij overtredingen van het type A gaat het om het niet nakomen van de verplichting om een prijs, een opheffingsuitverkoop of een opruiming tijdig bij het CvdM te melden. Tevens gaat het daarbij om voorschriften ten aanzien van mededelingen van verkopers omtrent eventuele kosten die verband houden

met dienstverleningen en leveringen van bijzondere aard. Overtredingen van het type B hebben betrekking op het vaststellen en toepassen van vaste prijzen, bijzondere prijzen, boekenclubprijzen en kortingen.

- Voor de vaststelling van de hoogte van de bestuurlijke boete hanteert het CvdM drie categorieën met bijbehorende bandbreedten (lichte, ernstige en zeer ernstige overtreding). De plaatsing van een overtreding in een categorie is ingegeven door de aard, ernst, en voor zover relevant, de duur van de overtreding.

Ministerie van Veiligheid & Justitie (V&J)

Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (Wpbr)

- Onderdeel van de Circulaire particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus is hoofdstuk 13 dat handelt over het opleggen van bestuurlijke boetes.
- De overtredingen worden ingedeeld in categorieën waarbij aan elke categorie een maximale boete wordt toegekend. Het bestuursorgaan mag bijvoorbeeld ten aanzien van categorie twee overtredingen een bestuurlijke boete opleggen tussen € 0 - € 1.000.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW)

Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet)

- In de wet wordt elke overtreding ingedeeld in een categorie: categorie 1 waarvoor het maximum boetebedrag € 9.000 bedraagt en categorie 2 waarvoor de boete tot maximaal € 22.500 oploopt.
- In de beleidsregels arbeidsomstandighedenwetgeving wordt per overtreding een normbedrag geformuleerd in een 'Tarieflijst'. De bedragen op deze lijst gelden instellingen of bedrijven met meer dan 500 werknemers. Voor bedrijven met minder dan vijf werknemers, minder dan tien werknemers, enzovoort, gelden percentages van deze normbedragen.
- Bovendien wordt op de lijst onderscheid gemaakt tussen overtredingen waarvoor bij de eerste overtreding direct een bestuurlijke boete wordt opgelegd en overtredingen waar eerst een waarschuwing wordt afgegeven en pas bij de tweede overtreding een boete volgt.
- In het geval dat de overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden gegeven, de directe aanleiding is geweest voor een arbeidsongeval

en dit heeft geleid tot blijven letsel/ziekenhuisopname of de dood gelden afwijkende, hogere bedragen.

Arbeidstijdenwet

- Er zijn twee beleidsregels die betrekking hebben op de boeteoplegging van de Arbeidstijdenwet: de Beleidsregel boeteoplegging Arbeidstijdenwet en Arbeidstijdenbesluit en de Beleidsregel Arbeidstijdenwet en Arbeidstijdenbesluit vervoer (wegvervoer).
- In beide beleidsregels wordt in een tarieflijst normbedragen vastgesteld per overtreding. Ook wordt steeds onderscheid gemaakt tussen direct beboetbare feiten en feiten waar de eerste overtreding slechts wordt afgedaan met een waarschuwing. Bovendien wordt in beide beleidsregels, zij het op een andere manier, rekening gehouden met de omvang van de onderneming als uitgangspunt bij de berekening van de hoogte van de boete.

Wet arbeid vreemdelingen

- Per overtreding wordt in de ‘Tarieflijst’, die als bijlage bij de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2010 is gevoegd, een boetenormbedrag vastgesteld. Voor de overtreder als natuurlijk persoon wordt de helft van deze bedragen opgelegd.

Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML)

- In de Beleidsregels bestuurlijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2010 wordt per overtreding een boetebedrag vastgesteld dat afhankelijk is van de duur van de overtreding, onderbetaling, (< 1 maand, > 1 maand < 6 maanden, > 6 maanden) en het percentage van het loon dat onderbetaald is (< 25%, > 25% < 50 %, > 50%).

Toeslagenwet

* Bij het aantal boetes dat in 2009 zijn opgelegd, dient te worden opgemerkt dat dit aantal (2.416) in het jaarverslag van het UWV van toepassing is op de bestuurlijke boetes terzake van de Toeslagenwet en de overige wetten die niet in andere categorieën vallen. Met andere woorden, hoeveel boetes precies zijn opgelegd wegens overtreding van de Toeslagenwet is niet duidelijk, aangezien dit aantal niet verder is uitgesplitst.

- De wet schrijft in artikel 12 voor dat degene aan wie de toeslag wordt uitbetaald, verplicht is aan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen op zijn verzoek of onverwijld uit eigen beweging alle feiten en omstandigheden mee te delen waarvan hem of haar redelijkerwijs duidelijk moet zijn dat zij van invloed kunnen zijn op het recht op toeslag, de hoogte van de toeslag, het geldend maken van het recht op toeslag of op het bedrag van de toeslag dat wordt betaald. Het gevolg van het niet meewerken aan deze inlichtingenverplichting is dat een bestuurlijke boete wordt opgelegd ter hoogte van € 2.269.
- In het Boetebesluit socialezekerheidswetten (AMvB) is bepaald dat de basis van het boetebedrag wordt vastgesteld aan de hand van een percentage (10) van het bedrag dat te veel betaald is aan een toeslag (of uitkering).
- In de Beleidsregel boete werknemer 2010 worden een aantal factoren benoemd die de basisboete kunnen verhogen of verlagen. Een voorbeeld daarvan is indien sprake is van verminderde verwijtbaarheid. Het basisboetebedrag wordt met 50% verlaagd indien de overtreding, bijvoorbeeld, gelet op de geestelijke toestand van de belanghebbende, hem niet volledig valt aan te rekenen.
- Het opleggen van de boete is een gebonden bevoegdheid; het UWV beschikt niet over discretionaire ruimte met betrekking tot de keuze al dan geen boete op te leggen.
- Het verbod van reformatio in peius is niet van toepassing op de boeteoplegging; in afwijking van artikel 8:69 van de Awb kan de rechter in beroep of hoger beroep het bedrag waarop de bestuurlijke boete is vastgesteld ook ten nadele van de betrokkene wijzigen.

Werkloosheidswet (WW)

- Zie de opmerkingen bij de Toeslagenwet; deze opmerkingen zijn, afgezien van de artikelnummering, ook van toepassing op de WW.

Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ)

* Bij het aantal boetes dat in 2009 zijn opgelegd, dient te worden opgemerkt dat dit aantal (1.334) in het jaarverslag van het UWV van toepassing is op de bestuurlijke boetes terzake van de WAZ en de Wet Wajong. Met andere woorden, hoeveel boetes precies zijn opgelegd wegens overtreding van de WAZ is niet duidelijk, aangezien dit aantal niet verder is uitgesplitst.

- Zie de opmerkingen bij de Toeslagenwet; deze opmerkingen zijn, afgezien van de artikelnummering, ook van toepassing op de WAZ.

Wet arbeid en zorg (Wazo)

* Bij het aantal boetes dat in 2009 zijn opgelegd, dient te worden opgemerkt dat dit aantal (2.416) in het jaarverslag van het UWV van toepassing is op de bestuurlijke boetes terzake van de Toeslagenwet en de overige wetten die niet in andere categorieën vallen (waarvan de Wazo er één is). Met andere woorden, hoeveel boetes precies zijn opgelegd wegens overtreding van de Wazo is niet duidelijk, aangezien dit aantal niet verder is uitgesplitst.

- Zie de opmerkingen bij de Toeslagenwet; deze opmerkingen zijn, afgezien van de artikelnummering, ook van toepassing op de Wazo.
- Bijzonder aan de Wazo is dat in de wet niet direct de materiële en formele bepalingen ten aanzien van de bestuurlijke boetebevoegdheid zijn opgenomen. In de artikelen 3.16 en 3.27 Wazo wordt aangesloten bij de systematiek van de Ziektewet, respectievelijk van de WAZ.

Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO)

* Bij het aantal boetes dat in 2009 zijn opgelegd, dient te worden opgemerkt dat dit aantal (1.723) in het jaarverslag van het UWV van toepassing is op de bestuurlijke boetes terzake van de WAO en de WIA. Met andere woorden, hoeveel boetes precies zijn opgelegd wegens overtreding van de WAO is niet duidelijk, aangezien dit aantal niet verder is uitgesplitst.

- Zie de opmerkingen bij de Toeslagenwet; deze opmerkingen zijn, afgezien van de artikelnummering, ook van toepassing op de WAO.

Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (Wet SUWI)

* Bij het aantal boetes dat in 2009 zijn opgelegd, dient te worden opgemerkt dat dit aantal (2.416) in het jaarverslag van het UWV van toepassing is op de bestuurlijke boetes terzake van de Toeslagenwet en de overige wetten die niet in andere categorieën vallen (waarvan de Wet SUWI er één is). Met andere woorden, hoeveel boetes precies zijn opgelegd wegens overtreding van de Wet SUWI is niet duidelijk, aangezien dit aantal niet verder is uitgesplitst.

- Hoewel de Wet SUWI wel genoemd wordt in het Boetebesluit Socialezekerheidswetten is dit Besluit niet van toepassing op de bestuurlijke boete die ingevolge de Wet SUWI kan worden opgelegd. Op welke manier de bestuurlijke boete wordt bepaald is dan ook niet duidelijk.

Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten (Wet Wajong)

* Bij het aantal boetes dat in 2009 zijn opgelegd, dient te worden opgemerkt dat dit aantal (1.334) in het jaarverslag van het UWV van toepassing is op de bestuurlijke boetes terzake van de WAZ en de Wet Wajong. Met andere woorden, hoeveel boetes precies zijn opgelegd wegens overtreding van de Wet Wajong is niet duidelijk, aangezien dit aantal niet verder is uitgesplitst.

- Zie de opmerkingen bij de Toeslagenwet; deze opmerkingen zijn, afgezien van de artikelnummering, ook van toepassing op de Wet Wajong.

Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (Wet WIA)

* Bij het aantal boetes dat in 2009 zijn opgelegd, dient te worden opgemerkt dat dit aantal (1.723) in het jaarverslag van het UWV van toepassing is op de bestuurlijke boetes terzake van de WAO en de WIA. Met andere woorden, hoeveel boetes precies zijn opgelegd wegens overtreding van de WIA is niet duidelijk, aangezien dit aantal niet verder is uitgesplitst.

- Zie de opmerkingen bij de Toeslagenwet; deze opmerkingen zijn, afgezien van de artikelnummering, ook van toepassing op de Wet WIA.

Wet inkomensvoorziening oudere werklozen (IOW)

* Bij het aantal boetes dat in 2009 zijn opgelegd, dient te worden opgemerkt dat dit aantal (2.416) in het jaarverslag van het UWV van toepassing is op de bestuurlijke boetes terzake van de Toeslagenwet en de overige wetten die niet in andere categorieën vallen (waarvan de IOW er één is). Met andere woorden, hoeveel boetes precies zijn opgelegd wegens overtreding van de IOW is niet duidelijk, aangezien dit aantal niet verder is uitgesplitst.

- Zie de opmerkingen bij de Toeslagenwet; deze opmerkingen zijn, afgezien van de artikelnummering, ook van toepassing op de IOW.
- Deze wet vervalt op 1 juli 2016.

Ziektewet (ZW)

- Zie de opmerkingen bij de Toeslagenwet; deze opmerkingen zijn, afgezien van de artikelnummering, ook van toepassing op de Ziektewet.

Algemene Kinderbijslagwet (AKW)

- In het Boetebesluit Socialezekerheidswetten (AMvB) wordt de basisboete vastgesteld op 10% van het bedrag aan uitkering dat ten onrecht is betaald aan de betrokkene. Vervolgens wordt in het beleid van de Svb bepaald dat de concrete boete tot stand komt door de factoren ernst van de overtreding, de mate van de verwijtbaarheid en de overige omstandigheden van het geval. Het beleid geeft verschillende voorbeelden, met percentages, op welke wijze de basisboete door bijvoorbeeld recidive (ernst van de overtreding) wordt verhoogd.
- Het opleggen van de boete is een gebonden bevoegdheid; de SVB beschikt niet over discretionaire ruimte met betrekking tot de keuze al dan geen boete op te leggen.
- Het verbod van reformatio in peius is niet van toepassing op de boeteplegging; in afwijking van artikel 8:69 van de Awb kan de rechter in beroep of hoger beroep het bedrag waarop de bestuurlijke boete is vastgesteld ook ten nadele van de betrokkene wijzigen.

Algemene nabestaandenwet (Anw)

- Zie de toelichting bij de Algemene Kinderbijslagwet.

Algemene Ouderdomswet (AOW)

- Zie de toelichting bij de Algemene Kinderbijslagwet.

Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (Wkcp)

- Zowel het UWV als de colleges van B&W hebben boetebevoegdheden op basis van deze wet. Van het UWV is niet bekend hoe zij omgaat met deze boetebevoegdheid. Gemeenten merken in hun ‘verordening tegemoetkoming kosten kinderopvang’ vaak slechts op dat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd naar aanleiding van een overtreding. In de toelichting worden vervolgens de wettelijke bepalingen herhaald en het bestuur wordt geïnstrueerd om bij het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete maatwerk te leveren.

Ministerie van Infrastructuur & Milieu (I&M)

Binnenvaartwet

- Het wettelijk maximum is ontleend aan de 5^e categorie van artikel 23 Sr (in 2011: € 76.000).

Wet luchtvaart

- Er zijn drie bestuursorganen betrokken bij de handhaving van de Wet luchtvaart door middel van de oplegging van bestuurlijke boetes: de Minister van I&M (mandaatverlening aan de IVW), de Minister van Defensie en Gedeputeerde Staten.

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS)

Geneesmiddelenwet

* Het aantal bestuurlijke boetes (12) die in 2009 door de IGZ zijn opgelegd betreft het totaal aantal bestuurlijke boetes dat door de IGZ is opgelegd. In het jaarverslag van de IGZ wordt niet verduidelijkt ten aanzien van welke wetten, respectievelijk wetsartikelen, de bestuurlijke boetebevoegdheid is aangewend.

- Artikel 1 van de boetebeleidsregels schrijft voor dat de overtreder bij constatering van een bestuurlijk beboetbaar feit, alvorens een bestuurlijke boete wordt opgelegd, de overtreder door het geven van een waarschuwing in de gelegenheid wordt gesteld aan de wettelijke eisen te voldoen. In die situaties waarbij de overtreder anders dan door een waarschuwing in de gelegenheid is gesteld om aan de eisen te voldoen, wordt direct een boete opgelegd.
- De in bijlage 1 genoemde normbedragen zijn uitgangspunt voor de berekening van op te leggen boetes voor bedrijven of instellingen met 50 of meer werknemers. Voor bedrijven of instellingen van geringere omvang worden de volgende uitgangspunten gehanteerd voor de berekening van op te leggen boetes per overtreding: een vijfde van het normbedrag voor bedrijven of instellingen met minder dan 10 werknemers en een derde van het normbedrag voor bedrijven of instellingen met 10 tot en met 49 werknemers.

- Voor overtreding van de reclameregels bedraagt het boetenormbedrag € 150.000. Voor de overige overtredingen is het normbedrag € 2.250 (normbedrag laag) of € 4.500 (normbedrag hoog).

Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz)

- Artikel 1 van de boetebeleidsregels schrijft voor dat de overtreder bij constatering van een bestuurlijk beboetbaar feit, alvorens een bestuurlijke boete wordt opgelegd, de overtreder door het geven van een waarschuwing in de gelegenheid wordt gesteld aan de wettelijke eisen te voldoen. In die situaties waarbij de overtreder anders dan door een waarschuwing in de gelegenheid is gesteld om aan de eisen te voldoen, wordt direct een boete opgelegd.
- In het beleid wordt per overtreding een boetebedrag vastgesteld. Daarnaast wordt ook rekening gehouden met de grootte van een onderneming door in bepaalde gevallen (bijvoorbeeld recidive, artikel 4) het aantal werknemers (< 10 , $10 < 50$, > 50) als uitgangspunt te nemen voor het percentage van het boetebedrag dat wordt opgelegd.
- In de Kwz worden de bepalingen die bij overtreding met een bestuurlijke boete worden bedreigd ook strafrechtelijk vervolgbaar gemaakt. In artikel 11 van de boetebeleidsregels is, ter afstemming van de bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving, dat indien een gedraging in strijd is met artikel 4a van de Kwaliteitswet zorginstellingen tevens als strafbaar is aangemerkt en leidt tot schade aan of een aanmerkelijke kans op schade aan de gezondheid van een ander, de aan de overtreding ten grondslag liggende gedraging ter beoordeling aan het OM zal worden voorgelegd.

Opiumwet

- Zie de toelichting bij de Kwaliteitswet zorginstellingen.

Wet afbreking zwangerschap (Wafz)

- Zie de toelichting bij de Kwaliteitswet zorginstellingen.

Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet BOPZ)

- Zie de toelichting bij de Kwaliteitswet zorginstellingen.

Wet inzake bloedvoorziening (Wibv)

- Zie de toelichting bij de Kwaliteitswet zorginstellingen.

Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz)

- In het beleid wordt per overtreding een boetebedrag vastgesteld. Daarnaast wordt ook rekening gehouden met de grootte van een onderneming door het aantal werknemers (< 10 , $10 < 50$, > 50) als uitgangspunt te nemen voor het percentage van het boetebedrag dat wordt opgelegd.

Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG)

- Artikel 1 van de boetebeleidsregels schrijft voor dat de overtreder bij constatering van een bestuurlijk beboetbaar feit, alvorens een bestuurlijke boete wordt opgelegd, de overtreder door het geven van een waarschuwing in de gelegenheid wordt gesteld aan de wettelijke eisen te voldoen.
- Indien een overtreding, die tevens een strafbaar feit is, leidt tot schade of een aanmerkelijke kans op schade aan de gezondheid van een ander zal de aan de overtreding ten grondslag liggende gedraging ter beoordeling aan het OM worden voorgelegd (artikel 9 boetebeleidsregels).

Wet op de medische hulpmiddelen (Wmh)

- * Het aantal bestuurlijke boetes (12) die in 2009 door de IGZ zijn opgelegd betreft het totaal aantal bestuurlijke boetes dat door de IGZ is opgelegd. In het jaarverslag van de IGZ wordt niet verduidelijkt ten aanzien van welke wetten, respectievelijk wetsartikelen, de bestuurlijke boetebevoegdheid is aangewend.
- Zie de toelichting bij de Kwaliteitswet zorginstellingen.

Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal (Wvkl)

- Zie de toelichting bij de Kwaliteitswet zorginstellingen.

Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg)

- Op basis van een aantal artikelen uit deze wet kunnen ook bepaalde overtredingen van de Zorgverzekeringswet worden beboet.

Tabakswet

- In artikel 11c lid 1 en 2 Tabakswet wordt bepaald dat in de bijlage van de Tabakswet bij elke daarin omschreven gedraging het bedrag van de deswege op te leggen bestuurlijke boete wordt vastgesteld en dat bij algemene maatregel van bestuur deze bijlage kan worden gewijzigd.
- Eind augustus 2011 zijn de bestuurlijke boetes voor het rookverbod verdubbeld. In plaats van een boete van € 300 voor een eerste overtreding wordt een boete van € 600 opgelegd.

Warenwet

- * Het aantal bestuurlijke boetes heeft betrekking op 2008 en niet op 2009.
- Artikel 32a lid 2 Warenwet bepaalt dat de hoogte van de bestuurlijke boete wordt bepaald op de wijze als voorzien in de bijlage, met dien verstande dat de wegens een afzonderlijke overtreding te betalen geldsom ten hoogste € 4 500 bedraagt. Vervolgens is te lezen in artikel 32b lid 1 Warenwet dat bij AMvB een bijlage wordt vastgesteld, die bij elke daarin omschreven overtreding het bedrag van de deswege op te leggen bestuurlijke boete bepaalt.
- Het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten geeft voor elk feit een boetebedrag. Daarbij wordt ook onderscheid gemaakt naar het aantal werknemers dat een bedrijf heeft. Voor bedrijven met minder dan 50 werknemers is telkens een bedrag vastgesteld dat de helft bedraagt van het bedrag van de bestuurlijke boetes voor bedrijven met meer dan 50 werknemers.
- Het strafrecht speelt op twee manieren een rol. Allereerst zijn een aantal bepalingen uit de wet in de WED strafbaar gesteld. Daarnaast bepaalt artikel 32a lid 3 dat overtredingen, in afwijking van het eerste lid, niet met een bestuurlijke boete kunnen worden afgedaan, indien a) de opzettelijke of roekeloze overtreding een direct gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de mens tot gevolg heeft; of b) de in de bijlage ter zake van de overtreding voorziene bestuurlijke boete aanmerkelijk wordt overschreden door het met de overtreding behaalde economisch voordeel.

Drank- en horecawet

- * Het aantal bestuurlijke boetes heeft betrekking op 2008 en niet op 2009.
- Het Besluit Bestuurlijke Boete Drank- en horecawet schrijft voor elk feit een vast boetebedrag voor. Daarbij wordt ook onderscheid gemaakt naar het aantal werknemers van ondernemingen. Voor bedrijven met minder dan 50 werknemers is telkens een bedrag vastgesteld dat de helft bedraagt van het bedrag van de bestuurlijke boete voor bedrijven met meer dan 50 werknemers.
- Het strafrecht speelt op twee manieren een rol. Allereerst zijn een aantal bepalingen uit de wet in de WED strafbaar gesteld. Daarnaast bepaalt artikel 44a lid 3 dat overtredingen, met uitzondering van overtreding van artikel 9, tweede lid, of artikel 29, tweede lid, in afwijking van het eerste lid, niet met een bestuurlijke boete kunnen worden afgedaan, indien a) de overtreding een direct gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de mens tot gevolg heeft of b) de in de bijlage ter zake van de overtreding voorziene bestuurlijke boete aanmerkelijk wordt overschreden door het met de overtreding behaalde economisch voordeel.

Overig

In de categorie ‘overig’ vallen een aantal wetten waarvoor geldt dat er meer dan één ministerie verantwoordelijk is voor de uitvoering ervan.

Gemeentewet

- De bestuurlijke boetebevoegdheid in de Gemeentewet betreft de bestuurlijke boete voor overlastfeiten. Vanwege de (financiële) voordelen van de bestuurlijke strafbeschikking die ingevoerd kan worden voor dezelfde feiten is het niet waarschijnlijk dat op grond van deze bepaling bestuurlijke boetes zullen worden opgelegd.

Wet milieubeheer (Wm)

- * De NEa heeft in 2010 12 boetes opgelegd. In 2009 waren dat er 19.²

2 NEa Jaarverslag 2010, p. 21.

Spoorwegwet

- Vanwege de aansluiting bij de Mededingingswet is op voorhand niet direct duidelijk welke regels van toepassing zijn en dit maakt het geheel nogal ondoorzichtig.
- Slechts voor de bepalingen die vallen onder de bevoegdheid van de NMa is duidelijk hoe met de boetebevoegdheid wordt omgegaan. In dat geval zijn namelijk de Beleidsregels Nma bestuurlijke boetes vervoerswetgeving van toepassing. Ten aanzien van overtredingen van natuurlijke personen worden de boetes ingedeeld in één van de twee bandbreedtes: € 10.000 tot € 200.000 of in € 50.000 tot € 400.000. indien de overtreding is begaan door een rechtspersoon wordt een promillage van de omzet als basis gehanteerd. Vervolgens wordt dit bedrag vermenigvuldigd met een factor (E) dat betrekking heeft op de ernst van de overtreding. Tot slot kunnen allerlei boeteverzwarende en -verminderende omstandigheden de concrete boete beïnvloeden.
- Voor de overige overtredingen wordt in de wet categorieën onderscheiden naar de omzet met een bijbehorende factor. De boete wordt vastgesteld door het boetemaximum te vermenigvuldigen met de factor behorende bij de omzet-categorie: Bijvoorbeeld categorie I: ondernemingen met een omzet van minder dan € 100 000: factor 0,25.

Wet politiegegevens (Wpg)

- De Wet politiegegevens (Wpg), die vanaf 1 januari 2008 van kracht is, bevat regels inzake de verwerking van politiegegevens. De verantwoordelijke, belast met de feitelijke zorg voor de verwerking van deze gegevens, is in dit kader verplicht bepaalde aspecten van verwerkingen schriftelijk vast te leggen: de protocolplicht (artikel 32 Wpg).
- In de boetebeleidsregels wordt per overtreding een boetebedrag bepaald waarbij verschillende bedragen gelden voor de ‘ernstige’ en de ‘minder ernstige’ variant van de overtreding.

English summary

Violations of regulatory law can be enforced through criminal or administrative law. Large differences exist between both systems when it comes to the maximum legal fine and the way a fine is being determined in a specific case. These differences do not solely occur between criminal and administrative law, but can also be seen within administrative law itself: currently, there are over 80 administrative fine systems, all with their own distinctive features.

Regarding the growing differences within the legal system, the Dutch government announced, in its Cabinet Note concerning the choice for an enforcement system (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69, p. 12, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 700 VI, D, p. 12), that a general framework concerning criminal and administrative fines in the different areas of regulatory law can be useful to “be able to argue, during the process of legislation, what the severity of a fine should be, so that it is coherent with the severity of fines in other areas of law”. In addition, the *Enforcement Program 2011-2014 (Handhavingsprogramma 2011-2014, p. 31)* from the ministry of Social Affairs and Employment also emphasized that there should be more equality in the level of fines and the methods used to determine them.

In consideration of the above, the ministry of Security and Justice (more precise, the Research and Documentation Center of this ministry, *het WODC*) has asked the University of Groningen to find an answer to the following research question:

How are fines being determined in administrative and criminal law and how can more equality be ensured in the different fining systems?

Firstly, by studying various statutes (for example the Penal Code and statutes containing systems of administrative fining), policy documents (for example directives of administrative bodies) and associated and secondary documents, a reconstruction could be made of the elements which determine the severity of fines and the design of the specific fining system. Subsequently, the outcomes of this study for administrative and criminal law were compared with each other.

The first conclusion that can be drawn after observing the results of the study is that the elements which determine the severity of fines in the two concerning areas of law correspond with each other. These elements are:

1. The nature of the offense, or the concerning legal interest.
2. The nature of the offender.
3. Realized profits, repair of effects and coherence with other penalty options.
4. Reoffending.

The second conclusion is that the operationalization of these elements by the distinguished legislators differs and that the choices made by these legislators are often not (sufficiently) motivated.

Furthermore, the following observations can be drawn:

- Ad 1) The same types of interests (or legal rights) are protected by criminal regulatory law and administrative law. They mainly concern the collective interests of public security and integrity. In both fields of law these interests are of great importance for the system of determining fines.
- Ad 2) When it comes to determining the severity of fine, in criminal as well as in administrative law, legal entities and individuals are treated differently. Especially in administrative law, fines imposed on legal entities can be significantly higher than fines imposed on individuals.
- Ad 3) Both fields of law have a different approach on the effect that realized profits, repair of effects and the wish for coherence with other penalty options have on the severity of the fine. The differences within administrative law on this point are striking as well.
- Ad 4) Prevention of repeat offending is in both legal areas a fine increasing element, but the way this is regulated in both systems varies. The consequence of (frequent) repeat offending for the choice between administrative or criminal enforcement differs.

Besides studying the four elements discussed previously, the research also focused on examining the design of fining systems. In administrative law there are, for example, systems with legally fixed fines, systems with policy fixed fines, open systems (without any regulation), and mixed systems. Just like the choice for the severity of a fine, the choice for a particular fining system is often not motivated by legislators and/or policymakers. The research shows that choosing a fining system mostly depends on the number of fines, the ministry that is responsible for developing the fining system and the clarity of the offence and the offender.

The general perception of the punitive enforcement of regulatory law on the subject of determining fines and fining designs is one of great diversity, even arbitrariness. This study eventually resulted in designing a framework, more specifically a checklist (for legislators) which pays attention to the four

elements that determine the severity of a fine and the different types of designs for fining systems. The checklist includes directives and examples illustrating general concepts, such as the effect that the nature of the offender has on the legal maximum of the fine (legal entity or individual as offender, the size of a legal entity, financial capacity) and the way the severity of a fine is influenced by discouraging repeat offending. These directives and examples can help the legislators determine the maximum legal fine and help them make a choice for a specific fining system (fixation of fines, developing an equation with different variables which lead to a fine, or setting a range in which a fine can be determined depending on a range of variables). This checklist in Dutch is included in one of the annexes of the report.

Besides the checklist other, more general recommendations are suggested:

- a. Adjusting Article 23 of the Penal Code; introducing more flexibility in the various categories of fines.
- b. Adapting administrative law to include the (adjusted) categories of fining defined in Article 23, paragraph 4, Penal Code and also adopting the system of indexation contained in Article 23, paragraph 9, Penal Code.
- c. Introducing, as far as possible, equal rules of fining that aim to discourage reoffending in administrative as well as in criminal law, matching the current rules from the public prosecutor's office laid down in directives (these rules should involve the fine-increasing-percentage in the case of repeat offending, the period that is taken in account for repetition, et cetera).

Specifically, in administrative law rules can be made concerning the transition from enforcement through administrative law to enforcement through criminal law in the case of repeated reoffending.

When 'high-trust policy' (diminishing the intensity of supervision in exchange for the commitment of abiding the rules and increased fines when this trust is betrayed) is introduced in a fining system, it is wise to regulate this in directives of the administrative body.

Adjusting Article 23 of the Penal Code is recommended because the introduction of more flexibility in the fining categories makes it possible to impose higher fines, so that the criminal fines are (more) comparable with administrative fines.

Further research on the subject to introduce a basis in the Dutch Economic Offences Act for further standardization of fines in subordinate legislation is recommended. If this will be introduced, some of the sub-elements of determining fines which are currently regulated in directives of the public prosecutor's office can be laid down in statutory based rules. This matches the preference in administrative law for further standardization in administrative legislation, according to the principle of: 'fixating fines where this is possible'.

If the regulation of fines is consistently laid down in statutes or statutory based rules, this probably also leads to diminishing differences between administrative fining systems (where the administrative judge reviews the decree

of the administrative body and has to respect the discretion of the administrative body as well as the directives from the administrative body which deals with the given discretion) and the fine imposed by the public prosecutor's office (where the criminal judge, as a sole decider, can shun such considerations). The points of interest and the recommended direction for solutions that this study has produced can therefore also be useful in the further reconciliation between administrative fining systems and fines imposed by the public prosecutor's office (*strafbeschikking*).

Finally, an important point to be kept in mind is that no matter which maximum legal fine and fining system is chosen, the result should always be a *proportionate* fine.

